

La Codificación de la “*Doctrina de la Sustancia Económica*” en EE.UU. como Nuevo Modelo de Norma General Anti-abuso: la Tendencia hacia el “Sustancialismo”

José Manuel Calderón Carrero

Catedrático de Direito Financeiro e Tributário da Universidad de la Coruña.

Violeta Ruiz Almendral¹

Professora Titular de Direito Financeiro e Tributário da Universidad Carlos III de Madrid.

Resumo

Este trabalho trata da doutrina da substância econômica na Comunidade Econômica Europeia. Analisam os autores essa teoria sob a perspectiva de uma norma geral antiabuso. Os autores consideram a doutrina uma tendência em direção ao substancialismo na interpretação dos negócios jurídicos.

Abstract

This work deals with the economic substance doctrine of the European Economic Community. The authors analyze this theory under the perspective of a general standard anti-abuse law. The authors consider the doctrine as a tendency toward substantialism in legal interpretation of business.

I. Introducción: Origen y Desarrollo de las Doctrinas de la Sustancia Económica en los Países Anglosajones

Una de las consecuencias de la reforma sanitaria del Presidente Obama que menor publicidad ha recibido es la codificación, por primera vez en Estados Unidos (EE.UU.), de una norma general anti-abuso (*General Anti-avoidance Rule - GAAR*). Dicha codificación ha tenido lugar mediante la reforma, entre otros preceptos, del art. 7701 (o) del *Internal Revenue Code* (IRC, en adelante)² y ha sido lle-

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación ref. DER 2010-20000 (subprograma JURI), dirigido por Juan Zornoza Perez y titulado *La Fiscalidad Directa en la Unión Europea: entre Competencia y Convergencia*. Adicionalmente, en el caso de Violeta Ruiz Almendral, este trabajo ha sido realizado gracias a la Beca de Movilidad de Profesores, Programa Senior (Ministerio de Educación) para desarrollar una estancia en la *London School of Economics*, donde ha trabajado como “*Senior Visiting Fellow*” durante el periodo abril-agosto de 2010. Asimismo, el presente trabajo se enmarca (parcialmente) en el proyecto de la Comunidad de Madrid titulado *Las Medidas Anti-elusión Nacionales y su Compatibilidad con el Derecho Comunitario y el Derecho Tributario Internacional* (2010-2011). Finalmente, V. Ruiz Almendral agradece muy especialmente el apoyo prestado por la Universidad Carlos III de Madrid, al concederle una ayuda de investigación, que se enmarca en el Plan Integral de Igualdad de esta Universidad, consistente en la reducción del 50 por 100 de la docencia durante el periodo 2009-2011, con la finalidad de desarrollar un proyecto investigador (dicha ayuda de investigación se ofrece, por esta Universidad, a todos aquellos Profesores que previamente hayan disfrutado de una baja por paternidad o maternidad, siempre que presenten un plan de investigación que sea aprobado por su Departamento).

² Accesible a texto completo en:
http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode26/usc_sup_01_26.html.

vada a cabo mediante la extensa ley de reforma sanitaria (*US Health Care and Education Reconciliation Act of 2010*).

El objeto de la norma parece ser unificar y clarificar la vasta (y dispar) doctrina jurisprudencial de la sustancia económica (*economic substance*). Esta doctrina forma parte de un conjunto más amplio de doctrinas de origen jurisprudencial, que en muchos casos también han inspirado normas específicas anti-fraude, y que tienen en común el atender, de diferentes formas, a la realidad económica de una operación desde la perspectiva tributaria. Entre estas doctrinas se encuentran, estando íntimamente relacionadas, la doctrina del test del propósito negocial o de los motivos económicos válidos (*business purpose test*)³, la doctrina de la simulación (*sham transaction doctrine*)⁴ o la más general, y no exclusivamente tributaria, doctrina de la sustancia sobre la forma (*substance over form*).

Al igual que las doctrinas alemanas de la “consideración económica” (*Ökonomische Betrachtungsweise*), y con notables similitudes con éstas, las doctrinas de la sustancia económica ponen de manifiesto las tensiones existentes entre la interpretación del derecho *material* (Derecho civil, mercantil...), al que las normas tributarias anudan consecuencias concretas, y la interpretación que es propia y acorde con los fines de las normas tributarias⁵. Se trata de teorías, en suma, que a través de la interpretación teleológica de la norma tributaria, tratan de determinar la finalidad o causa (negocial/comercial/económica) por la cual tal forma o concepto jurídico-privado fue adoptada por la norma tributaria en primer lugar, como paso previo a la interpretación de los fines y objetivos de la misma.

En EE.UU. se considera que todas estas doctrinas antielusión fiscal (*economic substance, sham, business purpose, substance over form*) en realidad constituyen una

³ Como acertadamente ha puesto de relieve el profesor C. Palao Taboada, el test del *business purpose* se refiere a la finalidad de los negocios u operaciones, y no puede confundirse con un análisis de los “motivos” o razones subjetivas, metas, finalidad a la vista. Lo verdaderamente relevante de acuerdo con esta doctrina antielusión no es la presencia de un motivo de elusión del impuesto sino la ausencia de toda finalidad de negocios o comercial (no fiscal). Sobre la doctrina del *business purpose* en EE.UU y el Reino Unido, vid.: Palao Taboada, C.: “Los Motivos Económicos Válidos en las Reorganizaciones Empresariales”, en *La Aplicación de las Normas Tributarias y la Elusión Fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 209 y ss., y toda la bibliografía citada por este autor. Véase también recientemente: Ruiz Almendral, V.: “¿Tiene Futuro el Test de los ‘Motivos Económicos Válidos’ en las Normas Anti-abuso? (sobre la Planificación Fiscal y las Normas Anti-abuso en el Derecho de la Unión Europea)”. *Revista Centro de Estudios Financieros*, agosto-septiembre 2010, pp. 10 y ss.

⁴ En el ordenamiento estadounidense, se maneja un doble concepto de *sham*; uno referido a los hechos y otro de carácter económico. La denominada *factual sham* acontece cuando la versión de los hechos que el contribuyente ha documentado no resulta consistente con lo que acontece en la realidad o en la práctica; por ejemplo, se documenta un cambio de titularidad jurídica de un activo pero el control económico y la posesión y disfrute del mismo no experimenta ningún cambio y así la operación se considera falsa (*fake*). La denominada *economic sham situation* tiene lugar cuando de la operación realizada no resultan efectos económicos genuinos al margen del aprovechamiento de una ventaja fiscal; tal concepto económico de *sham* es muy próximo al de “sustancia económica” y al de abuso de formas jurídicas manejado en el artículo 42 AO o en el artículo 15 LGT. En relación con el concepto de *sham* en el ordenamiento de EE.UU. vid.: STRENG, J.; YODER, J. H. en *Form and Substance in Tax Law*, CDFI, vol. LXXXVIIa, Kluwer, The Netherlands, 2002, pp. 596 y 610-613.

⁵ Entre otros, véase: PASCHEN, U.: *Steuerumgehung im nationalen und internationalen Steuerrecht*. Wiesbaden: Deutscher Universitäts-Verlag GmbH, 2001, p. 19; RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen (Los Problemas de la Aplicación Práctica de la Norma General Anti-fraude del Artículo 15 de la LGT a los Ambitos Nacional y Comunitario)*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 45 y ss.

derivación del principio sustancia vs forma⁶. No obstante, la *Technical Explanation of the Revenue Provisions of the Reconciliation ACT of 2010*, documento donde se exponen tanto el contenido como las razones de la codificación de la doctrina del *Economic Substance*, siendo así una suerte de “interpretación autorizada” de la norma y que ha sido elaborado por el *Joint Committee on Taxation* (JCT, en adelante)⁷, se aparta parcialmente de esta tesis, afirmando que las doctrinas del “sham transaction”⁸, “business purpose” y “substance over form” están estrechamente relacionadas (y en algunos casos son intercambiables) con la “economic substance doctrine”⁹. Se reconoce igualmente cómo en muchas ocasiones la doctrina del *economic substance* es tomada en consideración de forma conjunta con el *business purpose test*, de manera que se exige no sólo sustancia económica sino también finalidad comercial (no fiscal) para que la operación sea considerada válida desde una perspectiva fiscal. Esta versión que podríamos considerar más extrema de la doctrina del *economic substance*, y que hasta ahora había sido aplicada sólo por algunos tribunales de Circuito estadounidenses, es la que finalmente ha cristalizado normativamente. De esta manera, el nuevo artículo 7701 (o) del IRC define “sustancia económica” como la doctrina del *common law* de acuerdo con la cual los “beneficios fiscales” de una operación no son aplicables si tal operación “no posee sustancia económica o carece de finalidad negocial”¹⁰.

Tal definición de sustancia económica, además de significar la consagración normativa de este enfoque más radical del *test* de sustancia económica también podría implicar un desplazamiento en la práctica, cuando menos en su aplicación por la Administración tributaria, de la doctrina del *business purpose test* (a favor del nuevo test de sustancia económica), salvo cuando tal doctrina (*business purpose test*) hubiera sido establecida en una cláusula anti-abuso específica, como sucede en la regulación fiscal de las reorganizaciones empresariales.

⁶ Vid.: PALAO TABOADA, C.: “Los Motivos Económicos Válidos en las Reorganizaciones Empresariales...”, cit., p. 210, siguiendo a Tiley y Jensen.

⁷ Se trata del documento con referencia JCX-18-10, publicado el 21 de marzo de 2010 y titulado *Technical Explanation of the Revenue Provisions of the “Reconciliation Act of 2010,” as Amended, in Combination with the “Patient Protection And Affordable Care Act”* (disponible en: <http://www.jct.gov/publications.html?func=startdown&id=3673>, con acceso el 24 de mayo de 2010. Véase igualmente el documento del Departamento del Tesoro EE.UU. *General Explanations of the Administration’s Fiscal Year 2011 Revenue Proposals*, February 2010, aunque aporta menor nivel de detalle sobre las razones y alcance de la codificación de la doctrina del *economic substance*.

⁸ *Technical Explanation of the Revenue Provisions of the Reconciliation ACT of 2010...*, cit., p.143.

⁹ *Technical Explanation of the Revenue Provisions of the Reconciliation ACT of 2010...*, cit., nota a pie nº 300. No obstante, el JCT (pp. 142-143) parece sostener que la doctrina de la sustancia económica atiende a un elemento objetivo (la existencia de efectos económicos, beneficios o cambios en la posición jurídico-económica del contribuyente como resultado lógico y esperable de la operación, lo cual a mi juicio también entraña o puede entrañar una evaluación de la finalidad/objetivos económicos/comerciales de la operación) y la doctrina del *business purpose* se centra principalmente en el elemento subjetivo (los motivos del contribuyente para realizar la operación: si la transacción fue realizada con una finalidad negocial, comercial o económica y no únicamente buscando la obtención de una ventaja fiscal). En el fondo de ambos enfoques late la interpretación finalista de la norma tributaria, esto es, si la finalidad de la misma es que una determinada transacción pueda beneficiarse de una ventaja fiscal establecida con unos objetivos.

¹⁰ El JCT pone de relieve que esta definición incluye cualquier doctrina que excluye la aplicación de beneficios o ventajas fiscales por falta de sustancia económica o de finalidad comercial, o ambas. *Technical Explanation of the Revenue Provisions of the Reconciliation ACT of 2010...*, cit., nota a pie nº 353.

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis de la reciente reforma estadounidense y sus posibles repercusiones¹¹, lo que nos brinda la oportunidad de reflexionar acerca de la citada doctrina anti-abuso y su reflejo tanto en las normas domésticas anti-abuso, como nuestra norma de conflicto (artículo 15 LGT), como en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante).

II. El Establecimiento de una Norma General Anti-abuso en EE.UU. como Codificación de las Doctrinas de la Sustancia Económica

La nueva cláusula general anti-abuso establecida en EE.UU. tiene elementos muy similares a otras normas anti-abuso, como la española norma de conflicto (artículo 15 LGT), el artículo 42 de la Ordenanza alemana o el artículo 254 de la *Income Tax Act* canadiense¹². Asimismo, la norma estadounidense adopta algunos elementos similares a los de las doctrinas anti-abuso existentes en el Reino Unido y otros Estados de la *Commonwealth*, así como a las nuevas normas anti-abuso que muchos de éstos han establecido¹³.

La reforma, titulada “Codification of Economic Substance Doctrine and Imposition of Penalties” modifica, además del citado artículo 7701, los artículos 6662, 6662A, 6664 y 6676 del IRC, estableciendo por un lado la citada “codificación” de la doctrina de la sustancia económica, y por otro un severo régimen de sanciones para los casos de abuso más graves, o, simplemente, para aquellos en los que el contribuyente no pueda probar que actuó de buena fe al diseñar una determinada operación.

1. Las doctrinas anglosajonas anti-abuso y las controvertidas propuestas de codificación en EE.UU.

El elemento más sorprendente de la codificación de las doctrinas anti-abuso es precisamente que ésta se haya llevado a cabo, habida cuenta de las reticencias a establecer una norma general anti-abuso tanto en EE.UU. como en el Reino Unido y otros Estados de su entorno¹⁴.

¹¹ Algunos autores, como J. Fuller, ya han advertido que la integración del *business purpose test* en el nuevo test de sustancia económica modifica sustancialmente el entendimiento generalizado de la doctrina de la sustancia económica, planteando numerosos interrogantes como el relativo a la propia relevancia de la finalidad comercial (no fiscal) en supuestos donde no se venía exigiendo tal test para disfrutar de determinados “beneficios fiscales” como la distribución de un dividendo o la aplicación de un convenio de doble imposición por un cónyuge que recibe pensiones alimenticias de su cónyuge residente en otro Estado. FULLER, J. “U.S. Tax Review”, *Tax Notes International*, may 3, 2010, p. 417.

¹² Sobre esta norma y su aplicación, errática en ocasiones, por los Tribunales canadienses véase: DUFF, D. “Judicial Application of the General Anti-Avoidance Rule in Canada: *OSFC Holdings Ltd v. The Queen*”. IBFD, *Bulletin*, July 2003, pp. 283 y ss. También referencias a esta norma en Ruiz Almen-dral, V.: *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen...*, cit., pp. 120 y ss.

¹³ En este sentido, pueden citarse, además del artículo 245 de la Canadian Income Tax Act, el capítulo IV A, artículos 177A-177H de la Australian Income Tax Assessment Act 1936, la New Zealand Income Tax Act 2004 (section BG1); la Hong Kong Inland Revenue Ordinance section 61 A e incluso la norma establecida en China, en el artículo 47 de la Enterprise Income Tax Law (al respecto, véase: SHEPPARD, L.: “China Tries a GAAR”, *Tax Notes Int'l*, may 4, 2009, p. 361.

¹⁴ De hecho, el establecimiento de una cláusula general anti-elusión (*General Anti-Avoidance Rule* o GAAR) en EE.UU. ya había sido propuesta anteriormente, por ejemplo, por la Administración Clinton. Se trata de la propuesta contenida en la sección 7701(m) de la *American Competitiveness Act of*

Para comprender mejor el contexto de la reciente reforma, conviene tener presente que en la doctrina anglosajona, tanto en los países de la *Commonwealth* como en EE.UU., el debate sobre la necesidad de interpretación teleológica de las normas tributarias ha experimentado diversas tendencias, y ha estado también estrechamente ligado a los problemas de fraude a la ley tributaria (*tax avoidance*), habiéndose producido además una importante influencia mutua entre los distintos Estados de la *Commonwealth*¹⁵, y entre éstos y EE.UU. Baste mencionar aquí, a título de ejemplo, las referencias que se realizan en los británicos casos *Ramsay* y *Furniss* a la doctrina estadounidense del test del propósito comercial sentada en *Helvering vs. Gregory*¹⁶.

En este último caso se ratifica la vigencia de la doctrina *substance over form*, concretada en este caso en el análisis del propósito comercial, que en el supuesto cobra pleno sentido porque este propósito o motivo formaba parte del mismo hecho imponible del impuesto sobre la renta que recae sobre las reorganizaciones empresariales. Pues bien, gracias en parte a la influencia de *Helvering*, en el Reino Unido, *Ramsay* supone un cambio de rumbo en favor de una interpretación teleológica, sustancial, de las normas tributarias, el denominado “new realism”.

Posteriormente, y sobre todo en los últimos años, la jurisprudencia británica anti-abuso ha experimentado una notable evolución, siendo mucho más proclive a realizar una interpretación teleológica de las normas tributarias. En este sentido,

2002 (H. R. 5095, 107th Cong., 2nd Session), que nunca llegó a ver la luz. Sobre dicha propuesta véase: McMAHON Jr., M. J.: “Beyond a GAAR: retrofitting the code to rein in 21st Century Tax Shelters”. *Tax Notes*, march 17th, 2003, pp. 1735, 1736. Sobre la propuesta inmediatamente anterior a la actual reforma, vid.: VANDERWOLK, J.: “Codification of the Economic Substance Doctrine: If We Can’t Stop It, Let’s Improve It”. *Tax Notes International*, vol. 55, n. 7, august 2009, pp. 547 y ss.

¹⁵ En parte debido a que la *House of Lords* tiene jurisdicción en todos ellos.

¹⁶ Se trata de los casos: *W. T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners, Eilbeck (Inspector of Taxes) v. Rawling*, [1982] A.C. 300 y *Furniss v Dawson* ([1984] STC 153), ambos de la *House of Lords*, y *Gregory vs. Helvering* (1935) 293 US 465, del Tribunal Supremo estadounidense. Este último fue previamente decidido en el *Second Circuit Court of Appeals*, donde el Juez Learned Hand había decidido que la operación fuera ignorada a efectos tributarios [293 U.S. 465, 468], lo que fue contradicho por la *Board of Tax Appeals*, dando la razón a la contribuyente recurrente [27 B.T.A. 223]. Finalmente, el caso llega al Tribunal Supremo Estadounidense, que acepta sin fisuras los argumentos de L. HAND [(1935) 293 US 465]; la doctrina del *business purpose test* puede verse claramente también en los siguientes casos (entre muchos otros): *Helvering v. Clifford*, 309 U.S. 331 (1940), 1940-1 C.B. 105; *Zmuda v. Commissioner*, 731 F.2d 1417 (9th Cir. 1984); *Segal v. Commissioner*, 41 F.3d 1144, 1148(7th Cir. 1994); *Yosha v. Commissioner*, 861 F.2d 494 (7th Cir. 1988); *ACM Partnership v. Commissioner*, 157 F.3d 231, 246-47 (3d Cir.1998). Véase una detallada exposición de las citadas relaciones e influencias en: LIKHOVSKI, A.: “The Duke and the Lady: *Helvering v. Gregory* and the History of Tax Avoidance Adjudication”. *Cardozo Law Review* n. 25/2004, en especial pp. 977 y ss., con abundantes referencias de casos; Véase asimismo: HOFFMANN, L.: “Tax Avoidance”. *British Tax Review* n. 2/2005, p. 200. Sobre estos casos véase también los siguientes dos trabajos: MILLETT, P.: “Artificial Tax Avoidance. The English and American Approach”. *British Tax Review* 1986, pp. 332 y ss. y TILEY, J.: “Tax Avoidance Jurisprudence as Normal Law”. *British Tax Review*, n. 4/2004, pp. 311 y ss.

Por otro lado, nótese que no es ninguna casualidad que los razonamientos *substance over form* se desarrollaran paralelamente al surgimiento y generalización de los impuestos sobre la renta, ya que estos introducían por primera vez en las normas tributarias conceptos más abstractos o generales (como la propia noción de *renta*) que los referidos a contratos o hechos del tráfico jurídico-privado; véase BUCK, L. A.: “Income Tax Evasion and Avoidance: some General Considerations”. *Georgetown Law Journal* vol. 25/1937, pp. 870 y ss.

son representativos los casos, aun relativamente recientes, *Barclays*¹⁷, y *Scottish Provident*¹⁸. Sobre todo en el primero se lleva a cabo una interesante recapitulación de la doctrina jurisprudencial en el Reino Unido acerca del fraude, y tras reconocer que tanto la interpretación literal de las normas tributarias como la insistencia en examinar por separado, y de manera casi exclusivamente formal, cada uno de los pasos o transacciones que componen una determinada operación han constituido un evidente caldo de cultivo para el desarrollo de operaciones en fraude (*tax avoidance schemes*)¹⁹ (párrafo 28), se hace hincapié en que la denominada “doctrina *Ramsay*” no supuso, en puridad, una teoría especial en materia de fraude, sino meramente el “rescate” del Derecho tributario de la “isla de interpretación literal” en la que estaba sumiso (párrafo 33).

Recientemente, el *Institute of Fiscal Studies* británico ha publicado un informe recogiendo el *status quo* de las doctrinas anti-abuso en este país y apuntando, como también hiciera en 1997, la posibilidad de establecer una norma general anti-abuso (GAAR)²⁰, si bien no parece probable a corto plazo dado que se trata de una propuesta recurrente en derecho británico frente a la que hay amplia oposición doctrinal²¹. Es cierto, de todos modos, que esto puede cambiar pues, en el contexto de la reciente reforma tributaria, el Ministro de Finanzas británico G. Osborne ha vuelto a plantear la oportunidad de articular una cláusula anti-abuso general, precisamente ligado a la contención del déficit, algo que por cierto ha resultado decisivo para su aprobación en EE.UU. (por el alto coste de la reforma sanitaria, donde se recoge la nueva GAAR).

En otro orden de cuestiones, el desarrollo de estas doctrinas ha convivido siempre con las normas específicas anti-abuso, incidiendo en su contenido y seguramente también en su interpretación por los Tribunales. Sin embargo, la posibilidad de codificar las normas anti-abuso ha sido altamente controvertida, tanto en EE.UU. como en el Reino Unido. Es evidente que las razones que determinan la adopción o no de una norma general anti-fraude varían enormemente en función

¹⁷ *Barclays Mercantile Business Finance Ltd v. Mawson (Inspector of Taxes)* (2004) UKHL 51; se trata de un complejo supuesto de hecho donde el único beneficio de la compleja operación de *sale and lease-back* (entre otras) descritas en el caso, es un beneficio tributario (*vid.*: en especial párrafos 20 y ss.).

¹⁸ *Inland Revenue Commissioners v. Scottish Provident Institution* (2004) UKHL 52; véase un comentario crítico a *Scottish Provident* en: VANDERWOLK, J.: “United Kingdom: The House of Lords and Tax Avoidance - *Scottish Provident* and *BMBF*”. *Bulletin* vol. 59, n. 4/2005, pp. 146 y ss.; y p. 150. *In extenso* sobre estos casos véase: PÉREZ ROYO, F.: “La Doctrina de los Lores sobre la Elusión Fiscal (Examen de Casos Recientes)”. *Quincena Fiscal* n. 10/2005.

¹⁹ En el mismo caso se critica la interpretación formalista llevada a cabo, *inter alia* en el caso *Carreras Group* (párrafo 35).

²⁰ IFS: (Tracey Bowler, Malcolm Gammie and the Tax Law Review Committee): *Countering Tax Avoidance in the UK: Which way Forward?*. London, 2009 (disponible en www.ifs.org). Hay un informe anterior, de 1997, del que el actual pretende ser continuación; se trata de: IFS: *Tax Avoidance: a Report by the Tax Law Review Committee*. November 1997.

²¹ El establecimiento de una GAAR ha sido defendido, entre otras, por la profesora Judith FREEDMAN, en: “Defining Taxpayer Responsibility: in Support of a General Anti-Avoidance Principle”, *British Tax Review* 4/2004, pp. 335 y ss., donde también se da cuenta de lo controvertido de la propuesta. Véase también, por la misma autora, y con referencias a la norma canadiense: “Converging Tracks? Recent Developments in Canadian and UK Approaches to Tax Avoidance”. *Canadian Tax Journal*, 4/2005, pp. 1.039 y ss.

de la cultura jurídica. Mientras que en el Reino Unido se viene rechazando su establecimiento básicamente por miedo a conceder demasiado poder a la Administración tributaria²², en EE.UU. se había considerado tradicionalmente innecesaria, habida cuenta de la vasta doctrina jurisprudencial existente a tal efecto²³, aunque se haya admitido a menudo el papel “educativo” o de aviso a navegantes de esta clase de normas, habiéndose propuesto además la codificación de la doctrina de la sustancia económica, y en particular del *business purpose test*, en varias ocasiones, sobre todo por la doctrina²⁴.

El problema de fondo de la codificación, y principal obstáculo a la misma, es que está muy extendida la opinión de que una norma general anti-abuso, debido a su indefinición, generaría una inseguridad jurídica incompatible con el grado de precisión exigible a la materia tributaria. Salvando las distancias, es curioso observar como esta crítica se manifiesta en términos similares en distintos contextos jurídicos²⁵. A menudo, la respuesta a estas críticas por parte del legislador confrontan afirmando que la norma anti-fraude será sólo de aplicación a aquellos esquemas de fraude sofisticado y especialmente flagrante²⁶.

Con todo, es posible que esta tendencia anti norma general esté cambiando ahora, toda vez que tanto los países anglosajones, tradicionalmente más reacios a su establecimiento, como otros países ajenos a las mismas por tradición o cultura jurídica (v.gr., algunos países latinoamericanos y asiáticos) están introduciendo este

²² Véase, además del trabajo ya citado de FREEDMAN, J.: “Defining Taxpayer Responsibility: in Support of a General Anti-Avoidance Principle...”, cit., pp. 339 y ss., el más antiguo de MASTERS, C.: “Is There a Need for General Anti-Avoidance Legislation in the United Kingdom?”. *British Tax Review* nº 6/1994, p. 671.

²³ COOPER, G. S.: “International Experience with General Anti-avoidance Rules...”, cit., pp. 89 y 90; el autor explica el proceso mediático que dio lugar a que se descartara, en el Reino Unido, la adopción de la norma anti-fraude que había sido propuesta por el IFS en 1997 (IFS: *Tax Avoidance: a Report by the Tax Law Review Committee*, disponible en su pagina web www.ifs.org.uk), y ha sido propuesta de nuevo en el citado informe de 2009.

²⁴ McMAHON Jr., M. J.: Beyond a GAAR: retrofitting the code to rein in 21st Century Tax Shelters”. *Tax Notes*, march 17th, 2003, p. 1.723.

²⁵ Compárese las críticas formuladas en estos dos trabajos españoles: FALCÓN Y TELLA, R.: “El Fraude a la Ley Tributaria como un Mecanismo para Gravar Determinadas Economías de Opción (I): su Radical Diferencia con los Supuestos Previstos en el artículo 6 C.C...”, cit., pp. 9 y ss. y p. 11; FERREIRO LAPATZA, J. J.: “Economía de Opción, Fraude de Ley, Sanciones y Delito Fiscal”. *Quincena Fiscal*, 8/2001, pp. 12 y ss, con el estado de la cuestión en la doctrina anglosajona, expuestos en estos dos trabajos: APRILL, E. P.: “Tax Shelters, Tax Law and Morality: Codifying Judicial Doctrines”. *SMU L. Rev.* vol. 54/2001, pp. 20 y ss. Y ARNOLD, B. J.: “The Long, Slow, Steady Demise of the General Anti-Avoidance Rule”. *Canadian Tax Journal* vol. 52, n. 2, pp. 490 y 491.

²⁶ Es interesante en este sentido comparar el Informe LGT 2003, que expresamente se refiere al fraude “sofisticado”, con las afirmaciones del *Australian Treasurer* con motivo de la introducción de la norma general anti-fraude australiana en 1981, que pueden verse en COOPER, G. S.: “International Experience with General Anti-avoidance Rules...”, cit., p. 93 (y en la extensa nota a pie nº 36). Tanto en España como en Alemania (Tipke), un sector destacado de la doctrina viene manteniendo que la existencia de una cláusula general antiabuso no solo no contraviene el principio de legalidad y seguridad jurídica, allí donde tal disposición está correctamente configurada en lo que se refiere a sus presupuestos, sino que además opera al servicio del Estado de Derecho y la justicia del sistema tributario (igualdad tributaria y contribución acorde con el principio de capacidad económica). Vid. también al respecto: PÉREZ ROYO, F., *Derecho Financiero y Tributario*, Civitas, Madrid, 1999, pp.186-188; y PÉREZ ROYO/AGUALLO, *Comentarios a la Reforma de la LGT*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 50 y ss.

tipo de disposiciones debido precisamente a las lagunas y disfuncionalidades que resultan de la mera existencia de cláusulas específicas anti-evasión fiscal. El objeto normalmente es dotar a la Administración tributaria de un “arsenal anti-abuso” más amplio, así como la armonización, en una única cláusula general, de los diferentes enfoques anti-abuso que pueden ser aplicados en su ausencia. Tal tendencia se manifiesta considerando la evolución de esta materia en países como Australia, Canadá, Brasil, China o India.

La codificación de la doctrina anti-abuso estadounidense se enmarca en este contexto, y debido a su potencial incidencia en otros Estados, merece atención detallada. Asimismo, este movimiento de codificación de la doctrina del *economic substance* es explicable también en términos contextuales en un tiempo cuyo signo trae consigo activismo administrativo y revigorización de la lucha contra el fraude fiscal (sustancialismo).

2. La codificación de la doctrina anti-abuso en los artículos 7701, 6662, 6662A, 6664 y 6676 del Internal Revenue Code

2.1. Antecedentes y justificación de la reforma: el documento del Joint Committee on Taxation

Como hemos adelantado, la reforma viene acompañada de un documento explicativo, elaborado por el *Joint Committee on Taxation* (JCT) donde se detallan minuciosamente los elementos de la nueva norma, y las consecuencias que la misma pretende tener. Como puede imaginarse, habida cuenta su título, la nueva disposición se enmarca en la reforma sanitaria en EE.UU., cuyo futuro coste al contribuyente se ha estimado en trillones de dólares²⁷. De hecho, si se recuerdan las reticencias de la doctrina a la codificación de la norma, cabe pensar que en ausencia del actual contexto de crisis financiera, unido a la reforma sanitaria, dicha reforma no habría sido posible.

La justificación central esgrimida por el JCT para codificar la doctrina sobre *economic substance* es la falta de uniformidad existente a nivel jurisprudencial sobre los criterios para considerar que tal sustancia económica concurre en una operación, aunque ya hemos advertido que tal “codificación” puede perseguir otras finalidades; fundamentalmente endurecer el enfoque antiabuso y fortalecer la posición de la Administración tributaria. En la misma línea, se señala cómo existe una cierta confusión y oscuridad a la hora de establecer los criterios sobre los que pivota la aplicación jurisprudencial de la doctrina del *economic substance*, lo cual no aporta precisamente un elemento de seguridad jurídica²⁸. Llama además la atención que el JCT²⁹ fundamente este “salto legislativo” considerando la extraña situación que resulta de la convivencia de un sistema tributario basado en normas

²⁷ Véase la estimación de costes en esta entrada del blog del director de la oficina presupuestaria del Congreso de EE.UU.: <http://cboblog.cbo.gov/?p=508> (con acceso el 25 de mayo de 2010). Se hace referencia a cerca de 950 trillones de dólares (950 trillion dollars).

²⁸ JCT, *Technical Explanation of the Revenue Provisions of the “Reconciliation Act of 2010*, p. 143. La nota a pie nº 303 es muy ilustrativa: “The casebooks are glutted with economic substance tests. Many such tests proliferate because they give the comforting illusion of consistency and precision. They often obscure rather than clarify.” (*Collins v. Commissioner*, 857 F.2d 1383, 1386 (9th Cir.1988))

²⁹ JCT, *Technical Explanation of the Revenue Provisions of the “Reconciliation Act of 2010... cit.*, p. 142.

(*rule-based system of taxation*) con doctrinas antiabuso de elaboración jurisprudencial y no uniformes, idea que contrasta con la principal crítica que se viene esgrimiendo frente a la articulación de cláusulas antiabuso generales.

De acuerdo con el documento del JCT, los diferentes enfoques de la jurisprudencia pueden agruparse en tres grupos³⁰:

i) En primer lugar, los tribunales que utilizan el denominado “test cumulativo” (*conjunctive test*) en su razonamiento³¹ - que como veremos es el finalmente adoptado en la nueva norma codificada. Dicho *test* exige que el contribuyente demuestre tanto la sustancia económica de la operación (aspecto objetivo) y el propósito empresarial o comercial de la misma, esto es una modalidad de *business purpose test* (aspecto subjetivo). Cumplidos ambos requisitos la operación superaría el eventual escrutinio administrativo o judicial. Se exige así que la transacción altere sustancialmente la posición económica del contribuyente, haciendo abstracción de los beneficios o ventajas fiscales derivadas de su tratamiento fiscal.

ii) Un enfoque “disyuntivo” menos estricto, o más “pro-contribuyente” si se quiere, resulta de la jurisprudencia de los tribunales que la concurrencia de cualquiera de los dos elementos (test objetivo-test subjetivo) es suficiente para que se respete la transacción³².

iii) Finalmente, un tercer enfoque también “disyuntivo” considera que los tests objetivo y subjetivo son “simplemente factores más precisos a considerar” a la hora de determinar si una operación posee algún efecto económico práctico distinto de la mera ventaja fiscal³³.

Asimismo, el JCT abunda en la falta de uniformidad de la doctrina de la sustancia económica, considerando el mismo factor respecto de los “nontax economic benefits” (consecuencias económicas ventajosas de carácter no fiscal), que se vienen admitiendo por los tribunales para entender que una operación o estructura supera el test de sustancia económica. Así, algunos tribunales atienden a la potencialidad de beneficios (*profit potential*), otros ponderan tal potencialidad y los riesgos económicos con las ventajas fiscales, o la “razonable posibilidad de beneficios económicos”. En este mismo sentido, existe controversia jurisprudencial en torno a la cuestión de si los beneficios que resultan de la consideración en los estados financieros de las ventajas fiscales (*Financial Accounting benefits*) cualifican como finalidad económica o comercial válida en un enfoque de *business purpose*, existiendo pronunciamientos a favor y en contra³⁴.

³⁰ Es llamativa la observación que hace sobre la existencia de estos distintos enfoques el profesor M. McMAHON: “Nevertheless, any dispute over whether the proper test is disjunctive or conjunctive is largely a tempest in a teapot.” (“Comparing the Application of Judicial Interpretative Doctrines to Revenue Statutes on Opposite Sides of the Pond”. AVERY JONES, J.; HARRIS, P. OLIVER, D.: *Comparative Perspectives on Revenue Law*. Cambridge University Press, 2008, pp. 63 y ss.). Véase también sobre estas doctrinas, VANDERWOLK, J.: “Codification of the Economic Substance Doctrine: If We Can’t Stop It, Let’s Improve It...”, cit., pp. 549 y ss.

³¹ Por ejemplo, en el caso *Pasternak v. Commissioner*, 990 F.2d 893, 898 (6th Cir. 1993).

³² Por ejemplo, en el caso *Rice’s Toyota World v. Commissioner*, 752 F.2d 89, 91-92 (4th Cir. 1985).

³³ Por ejemplo, en los casos: *ACM Partnership v. Commissioner*, 157 F.3d at 247; *James v. Commissioner*, 899 F.2d 905, 908 (10th Cir. 1995); *Sacks v. Commissioner*, 69 F.3d 982, 985 (9th Cir. 1995).

³⁴ JCT, *Technical Explanation of the Revenue Provisions of the “Reconciliation Act of 2010”*, p. 145.

Tras pasar revista al estado de la cuestión y los problemas que ésta suscita, el JCT explica de forma pormenorizada la nueva cláusula establecida en el IRC, con la finalidad de delimitar su alcance y efectos respecto de la jurisprudencia precedente y el propio sistema tributario. Esta explicación técnica del JCT es muy relevante, además de para su cabal entendimiento, a los efectos de la interpretación y aplicación práctica de la cláusula por el IRS y los tribunales de justicia.

En el documento del JCT destacan los siguientes cinco aspectos de la norma y su aplicación posterior:

1. En primer lugar, el JCT mantiene que la cláusula aporta una definición uniforme de la doctrina de la sustancia económica, pero que no altera la flexibilidad con la que los tribunales para su apreciación. En la medida que la jurisprudencia no era uniforme, puede sin embargo interpretarse que la norma sí innova el ordenamiento jurídico, pues es evidente que hace algo más que “reorganizar” la doctrina existente, tomando claramente partido por una de las tres interpretaciones posibles. De hecho, el JCT reconoce que la cláusula “clarifica y amplía la aplicación de la doctrina de la sustancia económica”³⁵.

2. En segundo lugar, se indica que la relevancia aplicativa de la cláusula debe ser analizada caso a caso, como si tal cláusula no hubiera sido establecida. Es decir, la norma se aplicará a una transacción en la medida en que la doctrina jurisprudencial del *economic substance* hubiera sido aplicada o relevante en el pasado. Así, al menos en palabras del JCT, la articulación del artículo 7701 (o) IRC no debería suponer una modificación de los “estándares legales actuales sobre la determinación de cuando utilizar un enfoque de sustancia económica”.

Asimismo, el JCT puntualiza que si la obtención de beneficios fiscales de una operación es coherente con la finalidad que poseen de acuerdo con los efectos y fines concebidos por el Congreso a la hora de su establecimiento, no debe recurrirse a un enfoque de sustancia económica. En ese sentido, se citan expresamente diferentes incentivos con fin extrafiscal (*low housing income credit, production tax credit, new markets tax credit, rehabilitation credit, energy credit* etc.) de forma que el nuevo artículo 7701 (o) IRC no se aplique a una operación en la que, atendiendo a la forma y a la sustancia, el contribuyente realiza el tipo de inversión o actividad que el incentivo pretende fomentar.

Es importante destacar que esta precisión enlaza con la doctrina mayoritaria en relación con las normas generales anti-abuso, y también con la reforma de la norma alemana (42.2 AO), en el sentido de que no se podrá considerar abusiva aquella transacción que esté expresamente contemplada en una norma³⁶ y su apro-

³⁵ JCT, *Technical Explanation of the Revenue Provisions of the “Reconciliation Act of 2010”*, p. 152.

³⁶ La reforma del 42.2, que entró en vigor el 29 de diciembre de 2007, fue acometida mediante el artículo Art.14 Nr.2 y el Art.28 Abs.1 de la “Steueränderungsgesetz 2003”, de 15 de diciembre de 2003 (publicada en el *Boletín Oficial -BGBl I_03,2645*). La reforma también supuso traspasar a la norma lo que venía disponiendo la jurisprudencia, en el sentido de exigir que se den de forma cumulativa tres condiciones, de manera tal que “se produce un abuso en las posibilidades de configuración jurídica cuando se utiliza una forma inadecuada al fin económico perseguido por las partes, que pretende obtener una ventaja tributaria y que no se puede justificar por otras razones económicas o extratributarias” (véase, Entre otras: BFH 27.07.1999, BStBl 1999, 769, 770); al respecto RUIZ ALMENDRAL, V.: “¿Tiene Futuro el Test de los ‘Motivos Económicos Válidos’ en las Normas Anti-abuso...”, cit., Vid. asimismo KLEIN, M.; NIEMANN, A.: “Abuse of Tax Law Across Europe”. *EC Tax Review*, abril 2010, p. 93.

vechamiento sea consistente con la finalidad de la misma. La clave reside en determinar si el contribuyente realiza el tipo de inversión o el tipo de actividad que la deducción fiscal pretende fomentar, de manera que cuando un contribuyente realice materialmente tal actividad o inversión tal estructura u operación no puede considerarse, en principio, abusiva, a pesar de que concurra un elemento subjetivo consistente en la finalidad de beneficiarse de tal deducción fiscal.

Ello es de lógica, pues no se puede penalizar a un contribuyente que hace algo fundamentalmente *por motivos fiscales*, cuando esos mismos motivos fiscales se han establecido precisamente para incidir en el comportamiento de los contribuyentes.

Sin embargo, esta clarificación general del JCT que está concebida para delimitar el ámbito operativo de la cláusula de *economic substance* debe integrarse en el proceso e interpretativo y aplicativo de la misma para que posea verdadera virtualidad y no se expanda excesivamente el enfoque o test de *economic substance*. De otro modo, nos encontraríamos ante una situación donde sería necesario llevar a cabo una “interpretación antielusiva de las normas tributarias”, lo cual resulta, a nuestro juicio, del todo incorrecto y plantearía serios problemas de seguridad jurídica³⁷.

Quizás éste sea un aspecto de la reforma que puede generar gran controversia, ya que la determinación que hace el artículo 7701 (o) IRC de su ámbito de aplicación es muy abierto y presenta gran indeterminación: “(1) Application of doctrine - In case of any transaction to which the economic substance is *relevant*, such transaction shall be treated as having economic substance only if - (...).”³⁸ Téngase en cuenta que la cláusula está redactada de forma distinta a disposiciones como el artículo 15 LGT o el para. 42 AO, no tanto en lo que se refiere a su ámbito de aplicación - que por fuerza debe ser general - sino en lo relativo a su dinámica aplicativa. De esta manera, en el artículo 7701 IRC parece latir una concepción más expansiva, pudiendo ser aplicado en el sentido de requerir que los contribuyentes prueben la sustancia económica de todo tipo de transacciones donde se haya aplicado un beneficio fiscal o se haya optado por la aplicación de un régimen fiscal más ventajoso que el régimen ordinario cuando con carácter general no se venía exigiendo tal acreditación. Por el contrario, la cláusula del artículo 15 LGT parece hundir sus raíces en otros presupuestos aplicativos que hacen que sea de aplicación más limitada y por parte de la Administración tributaria.

³⁷ Esta problemática ya se ha planteado en Italia a raíz de una jurisprudencia que postula tal interpretación antielusiva a partir de los principios de igualdad tributaria y capacidad económica. Tal posición ha sido criticada por la doctrina considerando la necesidad de que las normas tributarias se interpreten de acuerdo con criterios herméticos generales así como considerando las implicaciones desde el principio de seguridad jurídica (vid.: MAISTO, G. (ed), “Elusione ed Abuso nel Diritto Tributario”, en *Quaderni della Rivista di Diritto Tributario*, Giuffrè, Milano, 2009; y SOLER ROCH, M. T.: “El Fraude a la Ley Tributaria en la Jurisprudencia Europea y Española” en *V Congreso Tributario*, CGPJ, Madrid, 2009, p. 393. Nuestro TEAC se ha pronunciado, aunque puntualmente, en línea con la aplicación excepcional de las cláusulas antiabuso: “Este tipo de cláusulas al asignar a la Hacienda Pública *competencias excepcionales* para exigir el tributo en casos en los cuales en condiciones normales no se exigiría, *deben interpretarse de modo estricto y aplicarse, exclusivamente*, cuando se verifique la concurrencia de todos sus presupuestos de aplicación.” (RTEAC de 12 de marzo de 2008)

³⁸ J. Fuller considera que deben seguirse las indicaciones del JCT de manera que la doctrina del *economic substance* solo resulte aplicable a las situaciones donde venía siéndolo y no para evaluar la aplicación de otros elementos del sistema tributario como el ejercicio de opciones que ostenta el contribuyente (v.gr. la utilización del *check-the-box*). Vid. FULLER, J.: “U.S. Tax Review...”, cit., p. 417.

3. En tercer lugar, y en la misma línea, el JCT puntualiza que la nueva cláusula no pretende alterar el tratamiento fiscal de ciertas operaciones y estructuras básicas empresariales que, de acuerdo con una reiterada práctica administrativa y jurisprudencial, son respetadas, meramente porque la elección entre las principales alternativas económicas está basada principalmente en un análisis de las ventajas fiscales comparativas. Entre estas operaciones empresariales básicas se citan las siguientes: la elección entre la capitalización de una empresa con recursos propios o ajenos; la elección de una entidad estadounidense (*US person*), la opción en suma entre utilizar una entidad extranjera o una entidad nacional a la hora de realizar una inversión extranjera; la elección de realizar una operación o una serie de operaciones que constituyen una reorganización empresarial; y la elección de utilizar una entidad asociada o vinculada en una operación, en la medida en que se cumpla con el principio de plena competencia del artículo 482 IRC³⁹.

Se clarifica que el hecho de que una operación cumpla los requisitos para disfrutar de un determinado tratamiento fiscal en el marco de las referidas operaciones deberá examinarse en cada caso atendiendo a los hechos y circunstancias.

También se indica que la cláusula no interfiere en la competencia de los tribunales para recharacterizar operaciones o aplicar un enfoque bifurcado respecto de operaciones donde se realizan actividades con motivos no fiscales y otras con finalidad puramente fiscal. En la misma línea, el JCT señala que la cláusula del *economic substance* no tiene como finalidad interferir o suplantar a cualquier otra disposición específica, incluidas cualquiera doctrina del *common-law* o norma del Código de Impuestos o su reglamento (*Regulations*), toda vez que la intención es que tal cláusula opere de forma “aditiva” respecto de tales reglas jurídicas⁴⁰.

³⁹ Nótese que existe una línea de jurisprudencia (*v.gr.*, el caso *United Parcel Service of America Inc v. Commissioner*, nº 00-2720, 11th Cir. 20 June 2001) que ha establecido que debe considerarse prevalentemente la aplicación de lo establecido en la normativa tributaria aplicable (incluidas las cláusulas que pueden tener una finalidad antiabuso como la normativa de precios de transferencia) antes de emplear enfoques antiabuso jurisprudenciales (como el *economic substance* o el *business purpose*). Vid. SHEPPARD, L., “Why the US IRS Should Argue the Statute First”. *Tax Notes International*, 30 July 2001, pp. 550 y ss. En este mismo sentido también se pronunció el Teac en su resolución de 29 de marzo de 1995, al resolver que no cabe la aplicación de la cláusula de fraude de ley prevista en la LGT de 1963 allí donde resultara de aplicación la normativa de operaciones vinculadas del artículo 16 LIS (vid. asimismo la RTEAC de 26 de abril de 1989). Con todo, a nuestro entender, el hecho de que una determinada operación quede comprendida en el ámbito de aplicación de una norma antiabuso específica no impide su consideración atendiendo a otras cláusulas generales antiabuso. Así, pensamos que nada impediría la aplicación de los artículos 13, 15 y 16 LGT en el marco de operaciones vinculadas que caen igualmente en ámbito de aplicación de los artículos 41 LIRPF y 16 TRLIS; de hecho, para que proceda la valoración de una operación vinculada se requiere determinar previamente que tal operación o negocio se realizó efectivamente y no media ni simulación ni abuso de formas jurídicas. No obstante, la OCDE está tratando de uniformar las diferentes prácticas y enfoques antiabuso de las distintas administraciones tributarias en el ámbito de las operaciones entre empresas asociadas, con la finalidad de evitar adicionales supuestos de doble imposición, y ha elaborado unos principios (sobre la aplicación de las doctrinas de sustancia *vs.* forma, simulación y recalificación) que deberían ser empleados por los Estados y sus Administraciones tributarias a la hora de analizar las operaciones, esquemas y estructuras articuladas por los grupos multinacionales. Sobre esta cuestión, vid.: CALDERÓN CARRERO, J. M.: “Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales: el Informe OCDE 2008”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, enero 2009, pp. 51 y ss.

⁴⁰ JCT, *Technical Explanation of the Revenue Provisions of the “Reconciliation Act of 2010...”*, cit., p. 155.

4. El JCT recalca algo que también resulta evidente tras la lectura de la norma, y es que la codificación de la cláusula de *economic substance* recoge un “enfoque cumulativo” (*conjunctive analysis*), lo que exige un análisis de los “efectos objetivos” de la operación sobre la situación económica del contribuyente, además del análisis de los “motivos subjetivos” del contribuyente para realizar la operación. La cláusula requiere el cumplimiento de los dos tests, a saber (a) la operación debe alterar de forma sustantiva (dejando al margen las consideraciones sobre los efectos en el impuesto sobre la renta federal) la posición económica del contribuyente y (b) el contribuyente debe tener una finalidad negocial, comercial, económica sustancial no fiscal para realizar la operación, para que tal operación sea tratada en el sentido de que posee sustancia económica.

Esta aclaración elimina la disparidad existente en algunos tribunales federales (*Circuit*) sobre la aplicación de la doctrina de la sustancia económica, y modifica su aplicación en aquellas instancias o tribunales que no aplicaban el enfoque cumulativo o conjuntivo. Así, la codificación legislativa opta por la posición más rígida y estricta a la hora de apreciar la concurrencia de la sustancia económica, lo cual sin duda constituye un cambio de escenario en este contexto que afectará radicalmente a la planificación fiscal. La cláusula no solo uniforma y clarifica los presupuestos de la doctrina de la sustancia económica sino que también amplía en cierta medida su operatividad.

La norma establecida consagra el enfoque más radical del test de sustancia económica posiblemente con la finalidad de uniformar su aplicación administrativa y jurisprudencial, evitando así que enfoques menos exigentes prosperen en los tribunales de manera que, por ejemplo, operaciones concebidas únicamente para obtener ventajas fiscales sean calificadas como carentes de sustancia económica⁴¹ (lo cual venía ocurriendo cuando no se aplicaba el enfoque conjuntivo: véase, por ejemplo, el caso *United Parcel Service of America Inc v. Commissioner*, nº 00-2720, 11th Cir. 20 June 2001)⁴². Asimismo, este enfoque normativo también podría implicar un desplazamiento en la práctica, cuando menos administrativa, de la doctrina del *business purpose test* (a favor del nuevo test de sustancia económica), salvo cuando tal doctrina (*business purpose*) hubiera sido introducida en una cláusula antiabuso específica como, por ejemplo, la de relativa a las reorganizaciones empresariales.

5. Finalmente, el JCT aporta una serie de precisiones sobre su enfoque relativo a la concurrencia del “Non-Federal-income-tax business purpose”, esto es, lo que en el propio documento se denomina el “test subjetivo”. Se indica que tal finalidad económica/empresarial debe ser sustancial, poseer materialidad y no ser accesorio o insignificante. También se aclara que la motivación basada en impuestos estatales o locales no resulta válida. Se trae a colación el enfoque recogido en la *Treasury Regulation* (artículo 1.269-2(b)) en el sentido de que una distorsión de la tributación indicativa de una motivación de elusión fiscal podría evidenciarse por el hecho de que la operación no fue realizada por razones relacionadas con la lle-

⁴¹ Esta idea se reconoce expresamente en el documento elaborado por el Departamento del Tesoro EE.UU., *General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2011 Revenue Proposals*, february 2010, p. 110.

⁴² Vid. SHEPPARD, L., “Why the US IRS Should Argue the Statute First...”, cit., pp. 550 y ss.

vanza del negocio del contribuyente. También se cita el precedente de la *Tax Court* en el caso *ACM Partnership v. Commissioner* (73 T.C.M. (CCH)2189 (1997)) en el que se estableció a este respecto que:

“Clave en la determinación de si una operación posee sustancia económica es que la transacción debe estar racionalmente relacionada con un propósito útil no fiscal que sea plausible a la luz de la conducta del contribuyente y útil a la luz de la situación económica y motivaciones del contribuyente. Ambas cosas, la utilidad del propósito establecido y la racionalidad de los medios elegidos para efectuarlo, deben ser examinadas de acuerdo con las prácticas comerciales de la industria o sector de que se trate. Una interrelación entre el propósito y los medios normalmente no concurrirá a menos que existiera una expectativa razonable de que los beneficios (no fiscales) fueran proporcionales con los costes de transacción.” (Traducción de los autores)

Asimismo, el JCT adopta una postura en el debate sobre la validez de los “financial accounting benefits”, en el sentido de que los beneficios que resultan de incluir en los estados financieros los “ahorros fiscales” no cualifican como propósito empresarial no fiscal, saliendo al paso frente a las argumentaciones desplegadas por algunos contribuyentes ante los tribunales (*v.gr.*, caso Enron)⁴³.

2.2. Elementos de la nueva norma anti-abuso estadounidense

El principal aspecto de la reforma es la definición de qué debe entenderse por acto o negocio con sustancia económica, lo cual se ha hecho en el artículo 7701 (o) del IRC, dedicándose el resto de preceptos a delimitar la posibilidad de establecer sanciones en el caso de incumplimiento.

Como ya hemos adelantado, el actual artículo 7701 (o) del IRC establece que se considerara que una transacción tiene sustancia económica solo si concurren dos requisitos o *tests* de forma cumulativa:

- a) que dicha transacción (o conjunto de ellas según se aclara en el texto del JCT) modifica sustancialmente la posición del contribuyente con independencia de la ventaja o ahorro tributario resultante de la misma; y
- b) que además el contribuyente tiene un propósito sustancial, aparte de la ventaja tributaria, para realizar la transacción⁴⁴.

La conclusión preliminar que cabe extraer es que la nueva norma hace algo más, en todo caso, que actualizar o unificar las doctrinas jurisprudenciales. En efecto, si bien es cierto que adopta el test cumulativo, que requiere la concurrencia tanto de la sustancia económica como del propósito comercial⁴⁵, también lo es que el re-

⁴³ JCC, *Report on the Investigation of Enron Corporation and Related Entities Regarding Federal Tax and Compensation Issues, and Policy Recommendations (JSC-3-03)*, february 2003, (Enron Report), Vol.III, C-93, p. 289.

⁴⁴ Nuestra traducción, libre. El original dispone que: “a transaction shall be treated as having economic substance only if (a) the transaction changes in a meaningful way (apart from Federal income tax effects) the taxpayer’s economic position, and (b) the taxpayer has a substantial purpose (apart from Federal income tax effects) for entering into such transaction”.

⁴⁵ Este doble test se exige por primera vez en el caso: *Rice’s Toyota World, Inc. v. Comm’r*, 81 T.C. 184 (1983).

quisito de la sustancia económica se endurece, de manera que la norma va más allá de un mero análisis del beneficio esperado de la operación (*profit-based test*), exigiendo un cambio en la posición económica del sujeto que no exige la concurrencia inmediata del beneficio (*economic-change test*).

Conviene a continuación detenerse en los distintos factores que la norma exige considerar.

2.2.1. *La operación debe modificar sustancialmente la posición del contribuyente*

La necesidad de que la norma altere la posición económica del contribuyente deberá poderse comprobar, de acuerdo con el JCT, siempre que el contribuyente pueda demostrar que la operación modifica sustancialmente dicha posición económica, lo cual puede hacerse a través de cualquier factor o prueba objetiva y no sólo a través del “beneficio potencial” de la operación (*profit potential test*).

Es decir, por un lado, la cláusula no exige ni establece un beneficio económico mínimo para que se satisfaga el test de beneficio potencial. Esto es relevante porque una operación puede tener sentido más allá del beneficio directo, por ejemplo como una operación a medio plazo para ocupar o posicionarse en un determinado mercado, de manera que la transacción sea beneficiosa para el contribuyente por finalidades más amplias que el puro beneficio económico tangible (corriente de ingresos). El JCT adopta fundamentalmente la doctrina del precedente *Rice's Toyota World vs Commissioner* (752 F.2d) en el sentido de que el análisis de la sustancia económica requiere una determinación objetiva de si existía una posibilidad razonable de beneficio derivado de la operación, haciendo abstracción de las ventajas fiscales.

Sin embargo, por otro lado, se advierte que si el contribuyente utiliza el test del *profit potential*, el valor presente de la expectativa de beneficio razonable (antes de impuestos) debe ser sustancial en relación con el valor presente de la expectativa de beneficio neta de impuestos que resultaría si la operación es respetada. Los costes de transacción deben tenerse en cuenta para analizar los beneficios antes de impuestos. También se dictará un desarrollo reglamentario considerando de igual forma los impuestos extranjeros.

2.2.2. *Debe haber una finalidad sustancial ajena al ahorro tributario que se espera conseguir*

Íntimamente ligado con el requisito anterior, está la exigencia de que el contribuyente pueda demostrar la existencia de una finalidad sustancial, lo que para el JCT es el elemento subjetivo o de intencionalidad aunque en el fondo entraña un test de finalidad económica (no fiscal) que puede considerarse objetivo en la medida en que no requiere la demostración del motivo fiscal sino de su contrario. El punto de partida es que el fraude es *intencionado*, de ahí que en lo que hace a las sanciones la norma excluya su imposición en aquellos casos en los que el contribuyente pueda demostrar buena fe.

La cuestión de la intencionalidad o no del fraude, en tanto que puede estar ligada a la culpabilidad (y por lo tanto dar entrada a la imposición de sanciones), ha sido siempre controvertida, de manera que se sostiene en ocasiones que la in-

tencionalidad es un elemento irrelevante⁴⁶, mientras que para otros se trata de un elemento esencial o al menos necesario de las normas anti-elusión⁴⁷. Nótese en todo caso que el elemento subjetivo se verifica por la concurrencia de todos los elementos objetivos, como no podía ser de otro modo⁴⁸.

El problema radica en si la concurrencia de un elemento subjetivo implica que el sujeto debe conocer que su conducta es contraria a derecho. Si esto es así, la norma anti-elusión solo se podrá aplicar en aquellos casos de clara infracción tributaria. No parece esta la intención de la norma norteamericana, sobre todo porque en la jurisprudencia se traza una distinción entre *motive*, ámbito interno, netamente subjetivo e irrelevante, y *purpose*, finalidad que, razonablemente y a la luz de todos los elementos del caso, se supone a una operación.

Esto significa que si bien la norma parte de la intención de evitar o minimizar la carga tributaria, su concurrencia debe ser determinada mediante el examen de la forma de la operación (“form reveals purpose”)⁴⁹. Siguiendo a C. Palao, “desde el punto de vista de la aplicación de la ley fiscal, el negocio u operación realizado es artificioso, es decir, no se corresponde con la realidad económica y ha sido utilizado con la única finalidad de eludir la norma tributaria. En esto consiste el ‘propósito de eludir el tributo’”⁵⁰. Como ya señalamos anteriormente y enfatiza el profesor McMahon a partir de la jurisprudencia norteamericana, “a pesar de que la motivación subjetiva del contribuyente puede ser pertinente para la existencia de una finalidad no fiscal frente a una exclusiva finalidad fiscal, la realidad objetiva de la operación es lo relevante para determinar si la operación en si misma posee alguna sustancia”⁵¹.

2.2.3. La posibilidad de imponer sanciones en los casos de fraude

Uno de los aspectos más llamativos de la norma, sobre todo examinada desde la perspectiva de la normativa española, es la posibilidad que se abre de imponer sanciones en los casos más graves de abuso. Las nuevas infracciones, conteni-

⁴⁶ Véase: AVERY JONES, J. F.: “Nothing either Good or Bad, but Thinking Makes it so - the Mental Element in Anti-avoidance Legislation (I)”. *British Tax Review* nº 9/1983.

⁴⁷ En Alemania: TIPKE, K.; KRUSE, H. W.: *Abgabenordnung Finanzgerichtsordnung Kommentar zur AO und FGO*, Tomo 1, § 42 AO, párrs. 44. De hecho, algunos comentaristas han observado que la doctrina del BFH sobre la necesidad de concurrencia de este elemento no es consistente KLEIN, M.; NIEMANN, A.: “Abuse of Tax Law across Europe”. *EC Tax Review*, abril 2010, p. 93). En la doctrina española: FALCÓN Y TELLA, R.: “El Fraude a la Ley Tributaria como un Mecanismo para Gravar Determinadas Economías de Opción (I): su Radical Diferencia con los Supuestos Previstos en el artículo 6 C.C.” *Quincena Fiscal* nº 17/1995, pp. 8 y ss.; FERREIRO LAPATZA, J. J.: “El Abuso en la Aplicación de la Norma Tributaria en el Anteproyecto de Ley General Tributaria”. *Quincena Fiscal* nº 11/2003, pp. 11 y ss.; GARCÍA NOVOA, C.: *La Cláusula Anti-elusiva en la Nueva LGT*. Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 227.

⁴⁸ PALAO TABOADA, C.: “Algunos Problemas que Plantea la Aplicación de la Norma Española sobre el Fraude a la Ley Tributaria”. *Crónica Tributaria* nº 98/2001, p. 131, obra recogida en *La Aplicación de las Normas Tributarias y la Elusión fiscal*, Lex Nova, 2009.

⁴⁹ COOPER, G. S.: “International Experience with General Anti-avoidance Rules...”, cit., p. 100.

⁵⁰ PALAO TABOADA, C.: “¿Existe el Fraude a la Ley Tributaria?”. *RCEF* nº 182/1998, p. 8, recogido también en: PALAO TABOADA, C.: *La Aplicación de las Normas Tributarias y la Elusión fiscal*, Lex Nova, 2009.

⁵¹ MCMAHON, M.: “Comparing the Application of Judicial Interpretative Doctrines to Revenue Statutes on Opposite Sides of the Pond...”, cit., pp. 63 y ss.

das en los reformados artículos 6662, 6662-A, 6664 y 6676 del IRC, son de varios tipos, de los que nos limitaremos a dar cuenta de forma resumida.

Con carácter general, la norma establece (tras la reforma del artículo 6662 del IRC) un supuesto adicional de infracción (la denominada “penalty for underpayments attributable to transactions lacking economic substance”) para aquellos casos en los que una transacción sea rechazada por ser considerada en fraude, esto es, por carecer de sustancia económica en los términos establecidos por el nuevo artículo 7701 (o) del IRC. La sanción entra dentro del supuesto más general de declaración errónea o incompleta (*accuracy-related penalty*) y se aplica sobre la parte de renta que se haya dejado de declarar no sólo en los casos de negligencia, sino en cualquiera donde se haya declarado una cuantía abiertamente inferior a la correcta o se haya valorado inadecuadamente una transacción o bien. En función de la cuantía dejada de declarar la sanción podrá incrementarse en un veinte por cien.

Se establece una sanción adicional (“increased penalty”) para aquellos supuestos donde además no se haya facilitado algún dato o los manifestados sean abiertamente insuficientes. No es necesario que se trate de alguna ocultación, esto es, no parece que se precise del elemento de culpa presente en los casos de simulación, sino que basta con que se produzca la situación objetiva de que la información aportada, en la declaración o documento relevante al efecto, sea incompleta⁵². Esta sanción adicional asciende al 40 por cien.

De forma paralela, se establece un tipo de infracciones específicas que se impondrán en aquellos casos en los que el contribuyente no revele los detalles de una transacción, en aquellos casos en los que la misma haya sido considerada de obligatoria información a la Administración tributaria. Se trata del régimen del “disclosure”, un sistema de información por parte de los contribuyentes que es en realidad complementario al de la nueva norma general anti-abuso y que implica obligaciones de información fiscal adicionales en determinadas transacciones definidas en las normas (“listed transactions”)⁵³. Uno de los elementos centrales de las normas de *disclosure* es que ponen el acento en la promoción del fraude. Nótese que precisamente las obligaciones de *disclosure* habían sido muy criticadas porque se afirmaba que faltaba una reforma en detalle de las doctrinas anti-abuso⁵⁴.

Por último, en la nueva normativa estadounidense se establece la posibilidad de que el sujeto evite la sanción cuando esté en condiciones de demostrar que actuó de buena fe y que además había una justificación razonable (“reasonable cause”) para organizar la transacción de una determinada forma. En ese sentido, una

⁵² La norma precisa así “the term ‘nondisclosed noneconomic substance transaction’ means any portion of a transaction described in subsection (b)(6) with respect to which the relevant facts affecting the tax treatment are not adequately disclosed in the return nor in a statement attached to the return”.

⁵³ Sobre este sistema, véase McMAHON Jr., M. J.: “Beyond a Gaar: Retrofitting the Code to Rein in 21st Century Tax Shelters...”, cit., p. 1731; BANKMAN, J.: “The Tax Shelter Problem”. *National Tax Journal* vol. LVII, nº 4/2004, p. 928; COOPER, G. S.: “International Experience with General Anti-avoidance Rules”. *SMU L. Rev.* nº 83, p. 91.; RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen (Los problemas de la Aplicación Práctica de la Norma General Anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los Ámbitos Nacional y Comunitario)*... cit., pp. 106 y ss y pp. 139 y ss.

⁵⁴ Esta idea en: WEISBACH, D. A.: “The Failure of Disclosure as an Approach to Shelters”. *SMU L. Rev.* 54/2001, pg. 78.

justificación razonable puede radicar en una opinión fundada de un asesor fiscal⁵⁵, siempre que se cumplan una serie de requisitos.

El sistema de infracciones y sanciones establecido en el IRC es altamente complejo y un examen en detalle requeriría un trabajo distinto. Debe no obstante recalarse que la nueva norma general anti-abuso no excluye la imposición de sanciones. En realidad, ningún ordenamiento de nuestro entorno lo hace⁵⁶, por lo que en ese sentido el artículo 15 de la Ley General Tributaria es realmente *rara avis* en relación con las normas del mismo tipo.

En todo caso, en nuestro país la doctrina mayoritaria es contraria a que pueda sancionarse el fraude. Generalmente, esta postura se justifica porque se entiende que la corrección del fraude supone el empleo de la analogía, lo que a su vez supone la ausencia de tipicidad suficiente del supuesto que posibilite la imposición de sanciones. De esta manera, tal punibilidad sería contraria al principio de tipicidad, ya que ni los elementos de la norma anti-fraude cumplirían todos los requisitos de precisión exigible a las normas punitivas, ni sería posible sancionar un hecho imponible que en realidad es *ficticio* en tanto que ha sido reconstruido *a posteriori* por la operatividad de la norma anti-fraude, mediante el recurso la analogía. Por ello, se afirma, imponer sanciones en los casos de fraude de ley tributaria vulneraría la prohibición de analogía *in peius* en materia sancionadora⁵⁷, de forma que hay una continuidad en argumentar que la corrección del fraude se produce por analogía y negar la posibilidad de imponer sanciones por este motivo.

Junto al argumento de la analogía, se ha afirmado que el grado de concreción de las normas anti-fraude es insuficiente para cumplir las exigencias del principio de tipicidad en materia de sanciones, o exigencia de *lex certa*. En la doctrina anglosajona el argumento de la falta de concreción de las normas anti-abuso también ha recibido cierto apoyo, si bien hay pocos casos en la jurisprudencia donde el aspecto central de la discusión sea precisamente ése⁵⁸. Finalmente, también el Tribu-

⁵⁵ Téngase en cuenta que la figura del asesor fiscal en EE.UU. esta altamente regulada, de forma tal que estos tiene amplia responsabilidad, ante las autoridades tributarias, de las declaraciones que asesoran. Al respecto véase BLAZQUEZ LIDOY, A.: "El Régimen Jurídico de la Asesoría Fiscal en Estados Unidos". *Cronica Tributaria* 109/2003, pp. 39 y ss.

⁵⁶ No sólo ningún ordenamiento excluye de plano la imposición de sanciones en los casos de fraude sino que hay bastantes ejemplos de sanciones en estos casos, como sucede en Francia y Nueva Zelanda. En el primer caso, se establece un recargo del 80 por 100 a los casos de fraude con simulación (artículo 1729 *Code General des Impots*), en el segundo son castigados administrativa y penalmente algunos casos de fraude de ley tributaria cualificada (*abusive tax position* o *blatant tax avoidance*). Así, el artículo 141B(1) de la *Tax Administration Act* de Nueva Zelanda impone sanciones de hasta el 100 por 100 de la cuota por llevar a cabo una interpretación inaceptable de la norma tributaria con el objetivo de obtener una ventaja tributaria, siempre que dicha interpretación lo coloque en una posición abusiva (*abusive tax position*).

⁵⁷ Entre otros: FALCÓN Y TELLA, R.: "El Fraude de Ley o 'Conflicto en la Aplicación de la Norma' y el Delito Fiscal: la Importante STC 10 mayo 2005". *QF*, nº 12/13, 2005; FERREIRO LAPATZA, J. J.: "El Abuso en la Aplicación de la Norma Tributaria en el Anteproyecto de Ley General Tributaria". *QF* nº 11/2003, p. 12.

⁵⁸ Un raro ejemplo lo constituye el caso *Schultz v. R.*, 93 D.T.C. 953 (T.C.C.) donde se rechaza la petición de los demandantes de que la aplicación de la doctrina anti-abuso por las autoridades tributarias no permitía discernir el por qué se habían ignorado los efectos tributarios de unas determinadas pérdidas, cuya generación había sido calificada en fraude. Previamente, en *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2. S.C.R. 606, el Tribunal Supremo Canadiense había establecido los criterios para poder determinar si una norma es o no indeterminada, y si eso afecta a la seguridad

nal Constitucional, entre otras en la Sentencia 120/2005, de 10 de mayo, ha asumido la imposibilidad de sancionar penalmente el fraude a la ley tributaria.

Hay argumentos para poner en duda el razonamiento tradicional en contra de la punibilidad del fraude⁵⁹, aparte de que es evidente que hay un poderoso argumento a favor de la punibilidad del fraude de ley tributaria, consistente en que, en ausencia de punibilidad, se produce un claro incentivo para los contribuyentes a intentar todas las formas posibles al objeto de reducir su carga tributaria⁶⁰. Lo que resulta evidente, en todo caso, es que ningún ordenamiento de nuestro entorno rechaza de plano sancionar los supuestos de fraude, ni traza una distinción tan radical entre la simulación y el fraude, lo que genera todo tipo de problemas.

3. Dudas y consecuencias preliminares de la norma

Uno de los aspectos más críticos de la aplicación de una norma anti-abuso de carácter general (GAAR) no se resuelve con la codificación de la doctrina de la sustancia económica que examinamos. Se trata de determinar cuál deba ser el ámbito y alcance de la transacción a la que se pretende aplicar la norma anti-abuso, es decir, cuál ha de ser el perímetro de transacciones - pues normalmente habrá más de una, incluso muchas - al que es aplicable la norma. Esta cuestión es central, como ha señalado D. Hariton recientemente⁶¹, pues de cómo se resuelva dependerá como se aplique la doctrina, y por ende su éxito o fracaso.

Directamente relacionado con lo anterior y como ya hemos comentado más arriba, hay otra pregunta que la jurisprudencia deberá resolver y es a qué supuestos exactamente debería ser aplicada la doctrina pues hasta ahora muchas transacciones con finalidad de ahorrar tributos no eran consideradas abusivas en tanto en cuanto tenían alguna sustancia económica⁶². La norma modifica esta situación optando, como hemos visto, por el *test* conjunto o cumulativo de sustancia y propósito negocial. Parece así consagrarse un enfoque anti-abuso de gran amplitud al articular el citado análisis cumulativo de los *tests* objetivo (efectos económicos relevantes) y subjetivo (finalidades no fiscales relevantes) que limita considerable-

jurídica. La respuesta del Tribunal no es, empero, excesivamente clarificadora: la norma cumplirá los requisitos mínimos siempre que provea un "criterio inteligible" (*intelligible standard*) a partir del cual los Tribunales puedan actuar; *vid.* CRERAR, D.: "Interpretations of GAAR: Before and Beyond *McNichol* and RMM". *Queen's Law Journal* nº 23/1998, p. 255.

⁵⁹ RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen...* cit., pp. 128 y ss. y referencias allí citadas. BÁEZ MORENO, A.; LÓPEZ LÓPEZ, H.: "Nuevas Perspectivas Generales sobre la Elusión Fiscal y sus Consecuencias en la Derivación de Responsabilidades Penales: a Propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2003", *RCEF* (serie roja) nº 250/2004, pp. 126 y ss.

⁶⁰ PÉREZ ROYO, F.: "La Doctrina de los Lores sobre la Elusión Fiscal (Examen de Casos Recientes)". *QF* nº 10/2005, p. 31. HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA, J. M.: "La Conformación Artificiosa de la Realidad en el Ámbito Tributario: ¿Por Qué lo Llamamos Conflicto Cuando Queremos Decir Fraude?". *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 593/2003

⁶¹ HARITON, D.: "The Frame Game: How Defining the 'Transaction' Decides the Case". *Tax Lawyer* 63/2009, pp. 5 y ss.

⁶² Esta idea la expresaba recientemente y de forma pública un alto cargo del Internal Revenue Service, William Alexander, IRS associate chief counsel que afirmaba, para la revista *Tax Notes*, que "while the code may demand that the Service ask whether something actually happened (an economic substance inquiry), it doesn't always require that a transaction have a good business purpose." *Vid.* ELLIOTT, A. S. "Alexander Downplays Likely Effect of Economic Substance Codification" 2010 TNT 45-2 (Mar. 9, 2010).

mente las operaciones de planificación fiscal, alterando, a nuestro juicio, el *status quo* o las actuales reglas del juego existentes hasta la fecha, en la medida en que, como ya se ha indicado, algunos tribunales habían adoptado un enfoque más liviano o flexible de la doctrina de la sustancia económica no exigiendo los dos requisitos de forma cumulativa o que acepta otros elementos para considerar que existe sustancia económica.

III. La Reforma Estadounidense a la Luz de las Normas Generales Anti-abuso y de la Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1. *Elementos típicos de las normas generales anti-abuso, con especial referencia a la norma de conflicto del artículo 15 LGT*

Es posible afirmar que el fraude a la ley tributaria constituye una de las principales preocupaciones en los Estados de nuestro entorno en materia tributaria, lo que explica el ingente número y tipología de medidas adoptadas para combatirlo, y también las crecientes similitudes entre ellas. Así, por ejemplo, el actual artículo 15 de la LGT, que contiene una norma anti-abuso general, adopta un perfil muy similar al del párrafo 42 de la Ordenanza Tributaria Alemana (*Abgabenordnung*, AO).

El artículo 15 exige como es sabido la concurrencia de tres elementos - existencia de una ventaja tributaria, la utilización de una forma incorrecta o inadecuada al fin obtenido, y la ausencia de finalidades (*business purpose*) que así lo justifiquen, finalidades que en determinadas doctrinas se identifican con los “motivos económicos válidos”- que deberán ser juzgados de manera paralela para poder determinar si hay una situación de fraude. Estos tres elementos también concurren en casi todas las normas generales anti-abuso existentes en los Estados de nuestro entorno⁶³. Se trata así de un examen triple, al que dedicamos somera atención ahora.

1.1. *Primer test: existencia de una ventaja fiscal*

Todas las normas anti-abuso suelen hacer referencia, de manera más o menos directa, a la existencia de dicha ventaja fiscal⁶⁴. El concepto de ventaja es especialmente amplio y abarca cualquier resultado que implique la no tributación, su diferimiento o la aplicación de una norma tributaria más beneficiosa (exención, deducción, diferimiento de la tributación etc.). Asimismo, tal ventaja puede ser inmediata o futura, por ejemplo porque la estructura en fraude tenga como resultado la creación de una pérdida que previsiblemente pretenderá ser compensada

⁶³ Véase en este sentido el trabajo de COOPER, G. S.: “International Experience with General Anti-avoidance Rules...”, cit., en especial pp. 97 y ss., donde se da cuenta de las notas esenciales de las normas anti-abuso existentes en varios Estados de la Commonwealth. Asimismo, véase: GODOI, M. S.: *Fraude a la Ley y Conflicto en la Aplicación de las Leyes Tributarias*. Madrid, IEF, 2005, p. 83.

⁶⁴ Aunque el párrafo 42.1 AO no haga referencia expresa a dicha ventaja, se entiende incluido en el término “Umgehung” (evitación) CLAUSEN, U.: “Struktur und Rechtsfolgen des § 42 AO”. *Der Betrieb. Heft 30*, von 25.07.2003, p. 1593. Sí contenía esta referencia su precesor, artículo 6.1 StAnpG (“mediante el abuso de formas jurídicas los contribuyentes no podrán evitar ni reducir la deuda tributaria”). Asimismo, expresa esta idea la jurisprudencia mayoritaria del BFH, entre otras *vid.*: BFH de 03.03.1988, BStBl II 1989, 205; de 12.07.1989, BStBl II 1990, 113; o de 19.04.1994, BStBl II 1995, 705.

por el contribuyente en un ejercicio fiscal futuro, de manera que en principio la norma anti-fraude se aplicará a cualquier minoración impositiva obtenida mediante esta clase de actuaciones, siempre que la citada ventaja fuera previsible, o estuviera lógicamente conectada con la operación u operaciones llevadas a cabo.

1.2. Segundo test: la utilización de una vía inadecuada, artificiosa o impropia para la finalidad perseguida

Otro elemento común a las normas o doctrinas anti-elusión es una suerte de “test de idoneidad” entre la forma y el fin económico o resultado de la operación, de manera similar al clásico análisis del propósito negocial. El punto de partida es que *artificiosidad* y abuso de formas son, en muy buena medida, dos maneras de contemplar el mismo problema. Esto puede ser problemático porque existe el peligro de que un negocio poco usual sea tachado de abusivo con excesiva celeridad⁶⁵, de manera que se termine calificando de abusivas lo que no son sino operaciones innovadoras desde la perspectiva jurídico-privada, y por ello mismo poco frecuentes⁶⁶.

Nótese, asimismo, la necesaria relación entre todos los factores, pues en el fondo, se trata de examinar los derechos y obligaciones que se han generado entre las partes por parte de la transacción supuestamente abusiva, con el fin de compararlas con la *forma* legal del negocio. En este caso, el análisis de la realidad económica sólo cobra sentido en relación con el propio negocio cuya estructura se está analizando⁶⁷.

El criterio de “razonabilidad” de la operación, en relación con la forma de la misma, es mencionado expresamente por la norma general anti-abuso canadiense⁶⁸, que define los negocios realizados en fraude de ley (*avoidance transactions*) como aquellos de los que, individualmente considerados o en su conjunto, deriva un “beneficio fiscal”, y han sido realizados con esta única finalidad, salvo que “*sea razonable pensar que la forma jurídica adoptada (transaction) no implica, directa o indirectamente, una utilización inapropiada (‘misuse’) de las normas contenidas en esta ley o un abuso (‘abuse’) teniendo en cuenta el conjunto de la ley [Ley del Impuesto sobre la Renta] más*

⁶⁵ Como apuntaba LÓPEZ TELLO, J.: “La ‘Cláusula Antiabuso’ del Anteproyecto de la Nueva Ley General Tributaria”. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez* nº 5/2003, p. 50.

⁶⁶ En el específico ámbito de las operaciones entre partes vinculadas o empresas asociadas, deberá tenerse en cuenta, a su vez, que, tal y como ha reconocido el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, los grupos de empresas realizan negocios y operaciones que rara vez se llevan a cabo por empresas independientes, sin que ello implique per se un abuso o elusión fiscal. Tal posición se recoge en varios párrafos de las actuales Directrices OCDE de Precios de Transferencia 1995, y se desarrolla todavía más en la modificación 2009-2010 de las mismas, así como en el Borrador de Informe OCDE 2008, *Transfer Pricing and Business Restructuring*.

⁶⁷ Cabe observar aquí un área fronteriza con el ámbito de aplicación de la cláusula de calificación de la LGT, la cual entendemos opera fundamentalmente en un plano jurídico (no fáctico) analizando la denominación del negocio acuñada por las partes confrontándola con su clausulado. El Tribunal Supremo, sin embargo, ha adoptado la posición contraria entendiendo que la cláusula de calificación se pretende “examinar la realidad económica de la operación (calificación de los hechos)” (SSTS 11 de mayo de 2004 y 31 marzo de 2008) siendo innecesario recurrir a la figura del “negocio simulado o disimulado, negocio en fraude de ley, negocio indirecto, negocio y/o demás especialidades de los negocios jurídicos anómalos” (STS 7 de junio de 2005).

⁶⁸ Contenida en el artículo 245 de la Ley del Impuesto sobre la Renta [*Income Tax Act (Statutes Canada 1970, chapter 63)*]

allá de este artículo en concreto”⁶⁹. Es decir, que la forma elegida puede ser artificiosa en relación con como se contempla en un precepto en concreto (*misuse*), o porque es contraria al conjunto de la norma (*abuse*).

Finalmente, se hace a menudo referencia, en las normas anti-abuso (como nuestro artículo 15 LGT) o en las doctrinas anti abuso anglosajonas a que la forma empleada para la operación sea artificiosa, lo que lógicamente plantea en España el problema de la confusión entre fraude y simulación, puesto que es posible identificar la artificiosidad tanto con la inadecuación entre forma y fin, como con la ausencia total de sustancia económica, de hecho coinciden parcialmente con el sentido de la simulación contenida en el artículo 16 LGT.

1.3. Tercer test: la ausencia de otras “finalidades” válidas que justifiquen la operación (business purpose test)

El tercer elemento presente en las normas anti-abuso y en las doctrinas jurisprudenciales de los Estados de nuestro entorno es la exigencia de que la operación realizada sólo se explique por el ahorro de tributos, de manera que la forma elegida para la transacción no produzca efectos jurídicos o económicos relevantes, más allá de la citada obtención de una ventaja tributaria. De esta manera, la norma de conflicto contenida en el artículo 15 de la LGT precisa que la sospecha de abuso se diluye cuando de la forma jurídica elegida para la operación o transacción se deriven “efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal”.

Tal elemento o criterio de determinación de abuso podría ser interpretado en el sentido de que constituye una manera de llegar a los mismos fines y objetivos de la doctrina del *business purpose*, presente en nuestra norma como también en la alemana, entre otras. De acuerdo con esta concepción, el objetivo es negar protección jurídica a aquellos actos o negocios realizados sin un propósito negocial o *abusando* de las normas que reconocen esas formas jurídicas en el sentido de utilizarlas para obtener un resultado - la ventaja tributaria - que no es el primariamente ofrecido por dichas normas. Téngase en cuenta que en realidad el *business purpose test* no es más que una modalidad de interpretación teleológica de las normas tributarias⁷⁰. Sin embargo, mientras las normas “continentales” hacen mayor referencia a la forma empleada (de ahí la referencia en la norma alemana al abuso de formas o *Gestaltungsmissbrauch*), las anglosajonas ponen el acento en la existencia de las citadas otras “finalidades” (motivos económicos válidos si se quiere). En realidad, el análisis de esos otros motivos/finalidades es esencial precisamente para determinar si la forma es o no adecuada, pues ésta será adecuada también *en relación con* la finalidad económica perseguida que no son más que los “otros motivos económicos válidos”.

Con todo, este elemento del artículo 15.1.b) LGT también puede interpretarse más en línea con las doctrinas sobre la sustancia económica, toda vez que termina exigiendo “efectos económicos o jurídicos *relevantes*” (distintos del ahorro fiscal).

⁶⁹ Véase un comentario a esta norma en ARNOLD, B.: “The Canadian General Anti-Avoidance Rule”. AA.VV. (Ed. Graeme S. Cooper): *Tax Avoidance and the Rule of Law*. Amsterdam: IBFD, 1997, pp. 230 y ss.

⁷⁰ VANDERWOLK, J.: “Purposive Interpretation of Tax Statutes: Recent UK Decisions on Tax Avoidance Transactions”. *Bulletin*, IBFD, 2002, pp. 75 y 76.

Si volvemos sobre los criterios empleados por los tribunales y el legislador estadounidense para determinar la concurrencia de sustancia económica es fácil colegir que, a nuestro modesto entender, estamos ante un test más objetivo (basado en efectos económicos o jurídicos) que subjetivo (basado en propósitos o motivos). No obstante, la comparación de la formulación de este criterio objetivo en la normativa española y norteamericana permite mantener que el umbral de abuso fijado en la normativa nacional es mucho más elevado que la legislación estadounidense. Y ello no sólo por la aplicación del enfoque conjuntivo y la implícita inversión de la carga de la prueba que resulta del artículo 7701 (o) IRC, sino también por la forma en que está configurado este elemento objetivo (“the transactions changes in a meaningful way the taxpayer’s economic position” vs. “que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes”).

Pensamos que esta huida normativa del test subjetivo a favor de otros tests más objetivos (efectos económicos/fin comercial o económico) tiene bastante sentido en la medida en que termina articulando un concepto de elusión más cercano a la realidad económica del comportamiento del contribuyente y sus efectos económicos y más alejado de una siempre difícil evaluación de los “motivos” o intención subjetiva del contribuyente, lo cual puede aportar mayor seguridad jurídica y un menor nivel de interferencia fiscal en los negocios de los contribuyentes. Los dos test que emplea el nuevo artículo 7701 (o) IRC, lejos de constituir compartimentos estancos, se complementan y en cierta medida se “corroboran” objetivando la aplicación de la cláusula. La configuración de la cláusula conjugando el “test conjuntivo” y partiendo de una dinámica aplicativa donde parece haberse invertido la carga de la prueba (en contra del contribuyente) termina estableciendo una cláusula general antiabuso muy expansiva y con umbral antiabuso más bajo, cuando menos aparentemente, que otras cláusulas antiabuso continentales, sin mencionar las posibilidades de imposición de sanciones tributarias en estos casos. En el fondo la norma norteamericana trasciende “from abuse to mistrust”, con todo lo que ello conlleva. El hecho de prescindir del elemento del abuso de las posibilidades de configuración jurídica - además de revelar una concepción más liberal sobre este tema - posiblemente contribuya a objetivizar su aplicación a la vista de los problemas que existen para determinar cuándo el negocio es inadecuado/impropio/artificial para la consecución del resultado (¿qué resultado?)⁷¹, pero ello no quiere decir que tal elemento carezca de efectos en el ordenamiento estadounidense al existir otras reglas y doctrinas antiabuso que sí consideran tal elemento.

En fin, el análisis de esta cláusula de sustancia económica norteamericana revela un enfoque antiabuso más amplio y radical que el establecido en países como España, donde la aplicación del artículo 15 LGT queda limitada a la concurrencia de dos elementos que revelan artificiosidad y ausencia de finalidad económica de la operación o negocio recayendo sobre la Administración tributaria la principal carga de la prueba del abuso. Como bien ha indicado en diversos trabajos el profesor C. Palao Taboada, la propia configuración de la cláusula general antielusión

⁷¹ Algunos comentaristas han indicado que este test de abuso de formas jurídicas en la práctica termina operando atendiendo a la existencia de finalidades económicas que justifican la construcción legal. KLEIN, M.; NIEMANN, A.: “Abuse of tax law across Europe...”, cit., p. 94.

fiscal es reveladora de toda una cultura jurídica, de la concepción del sistema tributario y de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

Así las cosas, el movimiento normativo (más bien un salto legislativo) del legislador estadounidense no debería pasar desapercibido y bien podría contribuir a reflexionar sobre la eficacia y problemas que plantean en la práctica la operatividad de las cláusulas antiabuso “continentales”.

2. *La doctrina del TJUE sobre el abuso en materia tributaria*

La jurisprudencia del TJUE ha establecido importantes matices a la doctrina tradicional del *test* de propósito comercial, y en particular a la aplicación de cláusulas anti-abuso en materia de imposición directa⁷². En general, el TJUE establece un umbral más alto de abuso, considerando tal únicamente los montajes puramente abusivos o totalmente artificiales, de forma tal que se admiten estructuras con finalidad fiscal si media actividad económica genuina, o se inaplican las cláusulas anti-abuso si media motivación comercial/empresarial en los términos que se exponen en lo que sigue.

En los últimos años el TJUE ha ido elaborando una doctrina anti-abuso de normas tributarias cuando éstas pretenden ser aplicadas en el ámbito europeo⁷³, que forma parte del proceso, más amplio, de armonización *impropia* de la imposición directa de los Estados miembros, cuyas implicaciones están siendo objeto de examen intensivo⁷⁴.

La noción de abuso de Derecho no es nueva en el ámbito europeo⁷⁵, y el TJUE ya había afirmado que el abuso de Derecho de la Unión Europea es *contrario* al propio Derecho, y que el ejercicio de un derecho conferido por el Derecho de la Unión Europea podrá ser abusivo siempre que éste se use de forma irrazonable con la finalidad de obtener ventajas ilegítimas⁷⁶.

⁷² RUIZ ALMENDRAL, V.: “¿Tiene Futuro el Test de los ‘Motivos Económicos Válidos’ en las Normas Anti-abuso?...”, cit., pp. 20 y ss.

⁷³ ZORNOZA PEREZ, J.: “Las Normas Anti-abuso frente a la Competencia Fiscal en el Marco Comunitario”. In: P. Chico de la Cámara, E.: *Medidas Anti-abuso frente a la Competencia Fiscal Lesiva y a los Fenómenos de Deslocalización Producidos como Consecuencia de la Incorporación de Nuevos Estados*, 2010; GARCÍA PRATS, A.: “Las Medidas Tributarias Anti-abuso y el Derecho Comunitario”; in: SERRANO ANTÓN; SOLER ROCH: *Las Medidas Anti-abuso en la Normativa Interna Española y en los Convenios para evitar la Doble Imposición Internacional y su Compatibilidad con el Derecho Comunitario*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2002, pp. 169 y ss.; RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen...* cit., pp. 150 y ss.

Fuera de nuestras fronteras, véase entre otros: PEACOCK, J.: “The Law Ends where Abuse Begins”. *The EC Tax Journal* nº 3, vol. 4/2001, p. 147 y ss.; HARRIS, P.: “Abus de Droit: Further Thoughts on the Cleansing of the Stables, and the Community Notion of own Resources”, *The EC Tax Journal* nº 2, vol. 6/2002, p. 117 y ss. SCHÖN, W.: “Gestaltungsmißbrauch im Europäischen Steuerrecht”. *Internationales Steuerrecht, Beihefter zu Heft 2*, 1996, pp. 11 y 12.

⁷⁴ Entre otros, recientemente, *vid*: GARCÍA PRATS, A.: “Is It Possible to Set a Coherent System of Rules on Direct Taxation under EC Law Requirements?” en la obra colectiva: Luc HINNEKENS: Phillippe HINNEKENS (Eds) *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders*, Kluwer Law International, 2008, pp. 435 y ss.

⁷⁵ Entre otras, véase las Sentencias de 7 de febrero de 1979, *Knoors*, 115/78, apartado 25; de 3 de octubre de 1990, *Bouchoucha*, C-61/89, apartado 14, y de 9 de marzo de 1999, *Centros*, C-212/97, apartado 24).

⁷⁶ Recientemente: DE BROE, L.: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Amsterdam, IBFD, 2008, pp. 754 y ss.

En los últimos años el desarrollo jurisprudencial ha resuelto numerosos problemas interpretativos, a la vez que planteado otros en torno a la compatibilidad de las normas internas anti-abuso con el ordenamiento europeo. El carácter “expansivo” de la jurisprudencia del TJUE en este ámbito resulta así evidente, y sus consecuencias inciden también sobre las normas generales anti-abuso, como la contenida en el artículo 15 de la LGT⁷⁷.

La Comisión ha tratado de racionalizar y dotar de coherencia a las relaciones entre las normas nacionales anti-abuso y el Derecho de la UE, sugiriendo una suerte de guía para que los Estados miembros reformen sus normas y doctrinas anti-abuso, en su Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo de 10 de diciembre de 2007, sobre “Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa - dentro de la UE y en relación con terceros países”⁷⁸.

La exposición de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas antiabuso excede de los límites y objeto de este trabajo. Sin embargo, podría resultar útil aportar las principales ideas-forza que, a nuestro entender, pueden extraerse de tal jurisprudencia en materia de imposición directa (*ámbito no armonizado*), a saber⁷⁹:

- No podrán considerarse abusivas las transacciones que representen el ejercicio de libertades comunitarias ni son merecedoras de protección las normas que, simplemente, traten de preservar los ingresos nacionales. Ahora bien, aquellas cuya intención sea obtener una ventaja incompatible con el objetivo o finalidad de la norma comunitaria de cobertura no están protegidas por el Derecho Comunitario (*Cadbury Schweppes y Kofoed*). El TJUE ha establecido un principio general de prohibición de abuso del Derecho Comunitario: un Estado está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que, aprovechando las posibilidades creadas en el Tratado, sus nacionales traten de evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional y puedan invocar el Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta⁸⁰.

- El Derecho comunitario no protege las operaciones artificiales, motivadas única y exclusivamente por razones fiscales, ahora bien, la definición de artificiosidad deberá tener en cuenta que no podrán reputarse artificiosas las operaciones que son ejercicio natural y legítimo de los derechos con-

⁷⁷ Recientemente, *vid.* DE BROE, L.: *International Tax Planning and Prevention of Abuse...* cit., pp. 475 y ss. Entre nosotros, RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen...* cit., pp. 156 y ss. COM (2007)785 final.

⁷⁹ Para una exposición más detallada de esta jurisprudencia, *vid.*: MARTIN JIMENEZ, A.; CALDERÓN CARRERO, J. M.: “La Jurisprudencia del TJCE: los Efectos del Principio de no Discriminación y las Libertades Básicas Comunitarias sobre la Legislación Nacional en Materia de Imposición Directa”, en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, CISS, Valencia, 2010, pp. 761 y ss.

⁸⁰ *Vid.* GARCIA PRATS, A.: “Las Medidas Tributarias Antiabuso y el Derecho Comunitario...”, cit., pp. 168 y ss.; SOLER ROCH, M. T.: “El Fraude a la Ley Tributaria en la Jurisprudencia Europea y Española...”, cit., pp. 386 y ss.; PALAO TABOADA, C.: “Normas Antielusión en el Derecho Interno Español y en el Derecho Comunitario Europeo”, *in: La Aplicación de las Normas Tributarias Internas y la Elusión Fiscal...* cit., p. 260 y ss.; y RIBES RIBES, A.: “La Doctrina del TJCE sobre el Abuso en Materia Tributaria”, *QF* nº 1, 2009.

feridos al contribuyente por el Derecho comunitario. El comportamiento debe de aprovecharse impropia o fraudulentamente de las ventajas o derechos conferidos por el Derecho Comunitario: conductas que no caen en el ámbito de aplicación de tal normativa comunitario por ser totalmente contrarias o ajenas a su finalidad (para.38 del caso *Kofoed*). En *Cadbury* (para.75, vid también *Emsland-Stärke*, para.51) se llegó a establecer que se trata de “operaciones realizadas no en el contexto de operaciones comerciales ordinarias, sino únicamente llevadas a cabo con el propósito de disfrutar indebidamente de ventajas conferidas por el Derecho Comunitario”. Así, la intención o motivo fiscal (aprovechamiento de una ventaja fiscal) no implica en todo caso situación abusiva si el comportamiento del contribuyente se ajusta a la finalidad de la norma comunitaria de cobertura (libertad de establecimiento), lo cual requiere la presencia de sustancia económica en el sentido de que la operación posea una “finalidad comercial” (no fiscal) o “efectos económicos relevantes” como la realización de una actividad económica genuina en otro Estado (al margen de que tal estructura u operación persiga beneficiarse de un régimen fiscal más ventajoso concedido por otro Estado miembro: *rule shopping*). En cambio, las operaciones o estructuras carentes de realidad económica como “sociedades fantasma” o “pantalla”, en principio, pueden ser calificadas como artificiosas (*Inspire Art, Cadbury Schweppes*). Montajes con pura finalidad fiscal y sin efectos económicos relevantes, lógicamente pueden ser calificados como artificiosos en aplicación de normas nacionales antiabuso.

- Las normas nacionales antiabuso/elusión que son susceptibles de comprender dentro de su campo de aplicación operaciones en las que existe abuso y otras en las que la nota de artificiosidad no está presente resultan contrarias al ordenamiento comunitario en la medida en que atacan operaciones o comportamientos que son el corolario de derechos comunitarios. En todo caso, el concepto de abuso se define de forma estricta por el TJCE, al emplear términos como “operaciones puramente abusivas o totalmente artificiales carentes de toda realidad económica” (*Cadbury*). La realización de una actividad económica de forma efectiva excluye la concurrencia de la artificiosidad, a pesar de que el principal motivo sea el aprovechamiento de una ventaja fiscal (el menor nivel de tributación del Estado miembro; vid. *Cadbury y X e Y II*). El hecho de que la operación posea una motivación fiscal no supone en sí mismo que exista abuso a menos que a través de elementos objetivos se verifique la artificiosidad de la misma (*Halifax*, para. 75).

- Las normas nacionales generales anti-abuso que otorgan un margen de maniobra a la Administración para discriminar los comportamientos abusivos/artificiosos de aquellos que no lo son soportan mejor el análisis de compatibilidad con el derecho comunitario que las específicas que cubran en su ámbito de aplicación operaciones económicas válidas. Ahora bien, en las normas generales, el Derecho comunitario se convierte en canon indispensable para juzgar cuándo un comportamiento es artificioso y las normas específicas no serán contrarias al Derecho comunitario si atacan única

y *exclusivamente* comportamientos artificiosos⁸¹, lo cual requiere una aplicación administrativa caso a caso y, por tanto, sin criterios generales predefinidos (*Leur-Bloem*, para.41). Tanto la especificidad de la norma antiabuso como su proporcionalidad requieren que el contribuyente pueda probar sin soportar dificultades administrativas excesivas que la operación realizada fue genuina y con un propósito o justificación comercial (no artificiosa) en línea con la finalidad de la norma comunitaria de cobertura, lo cual debe excluir la aplicación de la cláusula antiabuso y en todo caso la resolución administrativa ser susceptible de revisión judicial (*Cadbury y Leur-Bloem*, para.41). El Derecho Comunitario no parece oponerse a cláusulas que establecen presunciones de fraude o abuso, siempre que los contribuyentes puedan excluir su aplicación (sin soportar dificultades administrativas excesivas) probando a través de elementos objetivos la no artificiosidad de la operación (finalidad económica o efectos jurídicos o económicos relevantes).

- Las cláusulas antiabuso deben ser establecidas y configuradas de forma que proporcionen un adecuado grado de seguridad jurídica a los contribuyentes en el sentido de que su alcance o aplicación y significado debe ser previsible para éstos (STJCE en *Halifax*, C-255/02, paras.41 y 42)⁸².

- El principio de plena competencia constituye un canon adecuado para establecer la presencia de una situación abusiva en el ámbito de los impuestos sobre la renta, pero el contribuyente en todo caso debe tener la oportunidad de probar, sin soportar restricciones administrativas excesivas, no solo que los precios convenidos o endeudamiento alcanzado es de mercado (*test arm's length*) sino que concurren motivos comerciales válidos (*test de razones comerciales*)⁸³ que justifican tales precios o nivel de endeudamiento (SSTJUE *Lankhorst, Test Claimants in the Thin Cap, Lammers & Van Cleeff, SGI*)⁸⁴. Y de hecho así se han pronunciado tribunales ingleses en el

⁸¹ MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "Globalización y Derecho Tributario: el Impacto del Derecho Comunitario sobre las Cláusulas Antielusión/Abuso del Derecho interno", *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales* nº 7, 2007; y SCHWARZ, J.: "Abuse and EU Tax Law", *BIFD*, July 2008, p. 293.

⁸² SCHWARZ, J.: "Abuse and EU Tax Law...", cit., p. 294; RUIZ ALMENDRAL, V.: "¿Tiene Futuro el Test de los 'Motivos Económicos Válidos' en las Normas Anti-abuso? (sobre la Planificación Fiscal y las Normas Anti-abuso en el Derecho de la Unión Europea)...", cit., pp. 25 y ss.

⁸³ Existe un cierto debate, no obstante, sobre si son admisibles tanto los motivos comerciales objetivos como los subjetivos. Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "Operaciones Vinculadas y Derecho Comunitario: ¿es Necesaria una Reforma del artículo 16 TRLIS?", en *Fiscalidad de los Precios de Transferencia*, (Dir. T. Córdón), IEF, Madrid, 2010; BOONE, P.; CASLEY, A.; VAN DE GUCHT, J.; CHARTAR, M.: "SGI Case: The Impact of the Decision of the ECJ from a European Perspective", *International Transfer Pricing Journal*, may/mune, 2010; y CALDERON; GARCÍA-HERRERA, "La Doctrina del TJUE sobre el Principio de Plena Competencia al Hilo de la Sentencia de la *High Court* Británica en el Caso *Test Claimants in the Thin Cap*: el Test Comunitario de los Motivos Comerciales y sus Implicaciones", (en prensa). Nótese que la apreciación de la presencia de tales motivos comerciales le corresponderá normalmente a los tribunales nacionales, tal y como ha indicado el TJUE. Ahora bien, cabe apuntar que en breve plazo el TJUE se pronunciará sobre el concepto de motivos comerciales a los efectos de la Directiva de Fusiones, al haber sido planteada una cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo de Portugal con tal objeto (Caso *Foggia*, presentado el 10 de marzo de 2010).

⁸⁴ En torno a esta jurisprudencia y sus implicaciones vid. CALDERÓN CARRERO, J. M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "La Regulación Española de la Subcapitalización" en *Fiscalidad de las Operaciones Vin-*

caso *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation vs HMCR.*, aceptando los motivos comerciales subjetivos de los grupos empresariales que justificaban el nivel de endeudamiento de sus filiales.⁸⁵

3. *Recapitulación*

Ciertamente, la doctrina del TJUE en materia de cláusulas antiabuso afecta de forma mucho más clara a las cláusulas antielusión específicas que a las generales. No obstante, estas últimas deben interpretarse y aplicarse, de forma compatible con el Derecho comunitario allí donde se proyecten sobre operaciones cubiertas por el mismo, de manera que solo pueden capturar montajes puramente abusivos o totalmente artificiales carentes de realidad económica (y aplicarse de forma no discriminatoria). Por tanto, allí donde el contribuyente probara la sustancia económica de la operación, esto es, que posee efectos económicos relevantes o que persigue una finalidad comercial o económica sustantiva (no fiscal, e incluidos los motivos comerciales subjetivos), tal cláusula general antiabuso no podrá privar de efectos fiscales a los negocios o transacciones realizados por el contribuyente.

Así, el TJUE parece estar más próximo a las doctrinas anglosajonas del *economic substance, sham, y business purpose* que a regulaciones que consideran la intencionalidad de las partes o el abuso de formas jurídicas, por más que ambos tipos de cláusulas generales antiabuso no sean sino variantes de unos mismos principios. Con todo, el TJUE deja un gran margen de maniobra a los legisladores nacionales de cara a la configuración de estas cláusulas antiabuso, de manera que los indicios presuntivos de fraude e incluso las reglas de la carga de la prueba pueden ser configurados con cierta libertad por los legisladores nacionales, siempre que se observen los principios establecidos sobre “puertos seguros” (*safe harbours* o elementos objetivos de situación no fraudulenta), prueba (el contribuyente no puede soportar dificultades administrativas excesivas para acreditar los elementos objetivos de situación no fraudulenta) y no discriminación⁸⁶.

De esta forma, la cláusula general antiabuso del artículo 15 LGT no parece plantear mayores problemas de compatibilidad con el Derecho Comunitario siempre que se interprete en el sentido indicado. Por el contrario, una cláusula como la establecida en el artículo 7701 (o) IRC puede plantear más problemas (fundamentalmente por la exigencia conjuntiva) aunque todo depende como se aplique en la práctica. Así por ejemplo, si finalmente solo captura montajes puramente artificiales: no hay efectos económicos relevantes y no se acredita finalidad no fiscal. No debe perderse de vista que existen operaciones motivadas por un propósito fiscal

culadas (Dir. Carmona Fernandez), Ciss, Valencia, 2009, y “La Jurisprudencia del TJUE en Materia Tributaria: los Efectos del Principio de no Discriminación y las Libertades Básicas Comunitarias sobre la Legislación Nacional en Materia de Imposición Directa” en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE* (Dir. Carmona Fernández), CISS, Valencia, 2010. RUIZ ALMENDRAL, V.: “Subcapitalización y Libertad de Establecimiento: el Caso ‘*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*’ como una Oportunidad para Rehabilitar el artículo 20 del TRLIS”. *Noticias de la Unión Europea* nº 283/2008.

⁸⁵ Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Case nº: HC03C04130, 2009 EWHC 2908 (Ch).

⁸⁶ Nótese que en supuestos de fraude de ley el TJUE se ha pronunciado reticente a admitir la imposición de sanciones tributarias. Véase la STJCE en *Halifax*, C-255/02, que va referida a una materia armonizada como es el IVA. En parecidos términos la STC 120/2005.

pero que poseen efectos económicos relevantes (véase por ejemplo el caso *UPS* en la jurisprudencia de EE.UU. y el asunto *Cadbury Schweppes* en la jurisprudencia del TJUE). En este sentido, la traslación al ámbito europeo de la doctrina codificada del economic substance resultaría problemática, desde una perspectiva comunitaria, salvo que se desnaturalizara considerando que existe sustancia en casos donde media un motivo principal de carácter fiscal pero la operación posee efectos económicos relevantes.

En esta misma línea, debe tenerse igualmente en cuenta la resolución del Ecofin, de 8 de junio de 2010, sobre la coordinación de las políticas fiscales de los Estados miembros sobre cláusulas antiabuso (Subcapitalización y Transparencia Fiscal Internacional).⁸⁷ Tal resolución parece perseguir coordinar a nivel UE la configuración de las referidas cláusulas antiabuso específicas en aras de “resucitarlas” o maximizar su aplicación y para ello se utilizan indicios de fraude (*rectius*, presunciones *iuris tantum*) que pivotan sobre criterios que coinciden totalmente con los admitidos por el TJUE de acuerdo con la jurisprudencia expuesta, aunque ello no afecta a las conclusiones expuestas sobre tal doctrina, dado que la aplicación de tales cláusulas (coordinadas o no) deben ser interpretadas y aplicadas en último análisis de acuerdo con lo establecido por el Tribunal de Justicia.

Posiblemente, la coordinación europea sobre cláusulas antiabuso no hace sino reflejar una tendencia internacional hacia una mayor supervisión fiscal de las estructuras transnacionales que pasa por la intensificación y ampliación del uso de la batería de disposiciones anti-elusión fiscal y el lógico activismo de una Administración tributaria que aspira a ser tan global como los contribuyentes. Ni que decir tiene que todos estos “movimientos” o tendencias alteran de forma relevante los esquemas de planificación fiscal internacional.

A pesar de que probablemente sea pronto para extraer conclusiones sobre la aplicación de las cláusulas generales antiabuso de la actual LGT, posiblemente resultara recomendable repensar de forma global el conjunto de cláusulas antiabuso generales así como las principales cláusulas especiales en materia de imposición directa, de cara a lograr una mayor eficacia y coordinación internacional y comunitaria⁸⁸, así como considerar la evolución jurisprudencial en la materia⁸⁹, todo ello

⁸⁷ DOUE C 156, 16.06.2010. En torno a esta resolución del Ecofin, vid.: CALDERÓN CARRERO, J. M.: “La Coordinación Europea de las Normas de Transparencia Fiscal Internacional y de Subcapitalización”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, julio 2010.

⁸⁸ Ciertamente, puede advertirse una cierta tensión entre la tendencia internacional prevalentemente sustancialista y la posición más “blanda” del TJUE respecto de las cláusulas generales antiabuso.

⁸⁹ Consideramos que, desde una perspectiva de seguridad jurídica, sería deseable un mayor alineamiento entre la LGT y la doctrina de los tribunales en materia de elusión fiscal. En este sentido, Delgado Pacheco ya advirtió como el legislador de 2003 no tuvo en cuenta determinadas posiciones consolidadas de los tribunales a la hora de establecer las cláusulas antiabuso en la LGT (Delgado Pacheco, *Las Normas Antielusión en la Jurisprudencia Española*, Thomson, Pamplona, 2004, pp. 115 y ss.). Este destacado autor ha puesto de relieve como los tribunales de justicia (TS y AN) han hecho un uso excesivamente amplio de la cláusula de calificación o las técnicas propias de la interpretación jurídica en relación con los casos de los seguros de prima única, las obligaciones bonificadas o los bonos austríacos. Igualmente se destaca un uso extraordinariamente flexible de la simulación para rechazar ventajas o regímenes fiscales abusivamente pretendidos por los contribuyentes, aceptando la prueba por indicios o presunciones y trayendo a colación la teoría del negocio jurídico como negocio sin causa o con causa ilícita, para considerar como simulados negocios

sin perder de vista la necesidad de mantener el adecuado equilibrio entre lucha contra el fraude (tutela del deber de contribuir) y el derecho de los contribuyentes a la seguridad jurídica (y a la planificación fiscal legítima). Movimientos normativos “sustancialistas” como la codificación de la doctrina del *economic substance* en EE.UU deben ser vistos con cautela, considerando las singularidades de su ordenamiento y la posición extrema adoptada, sin que ello implique en todo caso rechazar todo paralelismo o reflexión sobre la incidencia de la doctrina de los tribunales en la configuración de las cláusulas antiabuso generales, pues, como indico el profesor Palao el futuro de este tipo de normas en gran medida depende de la actitud del aplicador del Derecho⁹⁰.

Anexo: Reforma Normativa

H. R. 4872

One Hundred Eleventh Congress
of the United States of America
At the Second Session

*Begun and held at the City of Washington on Tuesday,
the fifth day of January, two thousand and ten*
An Act

To provide for reconciliation pursuant to Title II of the concurrent resolution on the budget for fiscal year 2010 (S. Con. Res. 13).

*Be it enacted by the Senate and House of Representatives of
the United States of America in Congress assembled,*

Section 1. Short Title; Table of Contents.

(a) SHORT TITLE. - This Act may be cited as the “Health Care and Education Reconciliation Act of 2010”

Sec. 1409. Codification of Economic Substance Doctrine and Penalties.

(a) In General. - Section 7701 of the Internal Revenue Code of 1986 is amended by redesignating subsection (o) as subsection (p) and by inserting after subsection (n) the following new subsection:

“(o) Clarification of Economic Substance Doctrine. -

h. r. 4872 - 40

“(1) Application of Doctrine. - In the case of any transaction to which the economic substance doctrine is relevant, such transaction shall be treated as having economic substance only if -

formalmente queridos por las partes pero carentes de sustancia o realidad económica y realizados entre partes sujetas a una voluntad única con un propósito fiscal evidente. Se critica igualmente la posición del TS sobre la punibilidad del fraude de ley tributario, lo cual contrasta con la posición del TC en las STC 120/2005.

⁹⁰ PALAO, “Los Instrumentos Normativos contra la Elusión Fiscal” en *La Aplicación de las Normas Tributarias y la Elusión Fiscal*, cit., pp.180 y ss.

“(A) the transaction changes in a meaningful way (apart from Federal income tax effects) the taxpayer’s economic position, and

“(B) the taxpayer has a substantial purpose (apart from Federal income tax effects) for entering into such transaction.

“(2) Special Rule Where Taxpayer Relies on Profit Potential. -

“(A) In General. - The potential for profit of a transaction shall be taken into account in determining whether

the requirements of subparagraphs (A) and (B) of paragraph (1) are met with respect to the transaction only

if the present value of the reasonably expected pre-tax profit from the transaction is substantial in relation to the present value of the expected net tax benefits that would be allowed if the transaction were respected.

“(B) Treatment of Fees and Foreign Taxes. - Fees and other transaction expenses shall be taken into account as expenses in determining pre-tax profit under subparagraph (A). The Secretary shall issue regulations requiring foreign taxes to be treated as expenses in determining pre-tax profit in appropriate cases.

“(3) State and Local Tax Benefits. - For purposes of paragraph (1), any State or local income tax effect which is related to a Federal income tax effect shall be treated in the same manner as a Federal income tax effect.

“(4) Financial Accounting Benefits. - For purposes of paragraph (1)(B), achieving a financial accounting benefit shall not be taken into account as a purpose for entering into a transaction if the origin of such financial accounting benefit is a reduction of Federal income tax.

“(5) Definitions and Special Rules. - For purposes of this subsection -

“(A) Economic Substance Doctrine. - The term ‘economic substance doctrine’ means the common law doctrine under which tax benefits under subtitle A with respect to a transaction are not allowable if the transaction does not have economic substance or lacks a business purpose.

“(B) Exception for Personal Transactions of Individuals. - In the case of an individual, paragraph (1) shall apply only to transactions entered into in connection with a trade or business or an activity engaged in for the production of income.

“(C) Determination of Application of Doctrine not Affected. - The determination of whether the economic substance doctrine is relevant to a transaction shall be made in the same manner as if this subsection had never been enacted.

“(D) Transaction. - The term ‘transaction’ includes a series of transactions.”

(b) Penalty for Underpayments Attributable to Transactions Lacking Economic Substance. -

H. R. 4872 - 41

(1) In General. - Subsection (b) of section 6662 is amended by inserting after paragraph (5) the following new paragraph:

“(6) Any disallowance of claimed tax benefits by reason of a transaction lacking economic substance (within the meaning of section 7701(o)) or failing to meet the requirements of any similar rule of law.”

(2) Increased Penalty for Nondisclosed Transactions. - Section 6662 is amended by adding at the end the following new subsection:

“(i) Increase in Penalty in Case of Nondisclosed Noneconomic Substance Transactions. -

“(1) In General. - the case of any portion of an underpayment which is attributable to one or more nondisclosed noneconomic substance transactions, subsection (a) shall be applied with respect to such portion by substituting ‘40 percent’ for ‘20 percent’.

“(2) Nondisclosed Noneconomic Substance Transactions. - For purposes of this subsection, the term ‘nondisclosed noneconomic substance transaction’ means any portion of a transaction described in subsection (b)(6) with respect to which the relevant facts affecting the tax treatment are not adequately disclosed in the return nor in a statement attached to the return.

“(3) Special Rule for Amended Returns. - In no event shall any amendment or supplement to a return of tax be taken into account for purposes of this subsection if the amendment or supplement is filed after the earlier of the date the taxpayer is first contacted by the Secretary regarding the examination of the return or such other date as is specified by the Secretary.”

(3) Conforming Amendment. - Subparagraph (B) of section 6662A(e)(2) is amended -

(A) by striking “section 6662(h)” and inserting “subsections (h) or (i) of section 6662”; and

(B) by striking “Gross Valuation Misstatement Penalty” in the heading and inserting “Certain Increased Underpayment Penalties”.

(c) Reasonable Cause Exception not Applicable to Noneconomic Substance Transactions. -

(1) Reasonable Cause Exception for Underpayments. - Subsection (c) of section 6664 is amended -

(A) by redesignating paragraphs (2) and (3) as paragraphs (3) and (4), respectively;

(B) by striking “paragraph (2)” in paragraph (4)(A),

as so redesignated, and inserting “paragraph (3)”; and
(C) by inserting after paragraph (1) the following new paragraph:
“(2) Exception. - Paragraph (1) shall not apply to any portion
of an underpayment which is attributable to one or more
transactions described in section 6662(b)(6).”

(2) Reasonable Cause Exception for Reportable Transaction
Understatements. - Subsection (d) of section 6664 is
amended -

(A) by redesignating paragraphs (2) and (3) as paragraphs
(3) and (4), respectively;

(B) by striking “paragraph (2)(C)” in paragraph (4),
as so redesignated, and inserting “paragraph (3)(C)”; and
H. R. 4872 - 42

(C) by inserting after paragraph (1) the following new
paragraph:

“(2) Exception. - Paragraph (1) shall not apply to any portion
of a reportable transaction understatement which is attributable
to one or more transactions described in section
6662(b)(6).”

(d) Application of Penalty for Erroneous Claim for
Refund or Credit to Noneconomic Substance Transactions. -
Section 6676 is amended by redesignating subsection (c) as subsection
(d) and inserting after subsection (b) the following new
subsection:

“(c) Noneconomic Substance Transactions Treated as
Lacking Reasonable Basis. - For purposes of this section, any
excessive amount which is attributable to any transaction described
in section 6662(b)(6) shall not be treated as having a reasonable
basis.”

(e) Effective Date. -

(1) In General. - Except as otherwise provided in this subsection,
the amendments made by this section shall apply to
transactions entered into after the date of the enactment of
this Act.

(2) Underpayments. - The amendments made by subsections
(b) and (c)(1) shall apply to underpayments attributable
to transactions entered into after the date of the enactment
of this Act.

(3) Understatements. - The amendments made by subsection
(c)(2) shall apply to understatements attributable to
transactions entered into after the date of the enactment of
this Act.

(4) Refunds and Credits. - The amendment made by subsection
(d) shall apply to refunds and credits attributable to
transactions entered into after the date of the enactment of
this Act.